Rechtsvergleichende Betrachtungen über Fragen zur vorbeugenden Unterlassungsklage im Rahmen bürgerlich-rechtlichen vorbeugenden Rechtsschutzes überhaupt.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von

WILLY LEWALD
Referendar, docteur en droit.
aus Rittergut Wiesenthal in Schlesien.

1 9 3 7

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Angenommen auf Bericht der Professoren Dr. Hans Dölle, Bonn
und Dr. Karl Theodor Kipp, Bonn.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

GLIEDERUNG

Einleitung: Umfang und Grenzen der Untersuchungen 1

Erster Teil: Kann man mit einer deutschen vorbeugenden Unterlassungsklage der Wiederholung künftiger Beleidigungen zuvorkommen, welche zunächst auf Grund der §§ 193 StGB. und 824, Abs. 2 BGB. gerechtfertigt waren? 3

Erster Abschnitt: Die Stellung des Reichsgerichts und ihre Unhaltbarkeit 3

Zweiter Abschnitt: Die hier vertretene These 6

Zweiter Teil: Auffassung der vorbeugenden Unterlassungsklage als Erscheinungsform eines umfassenderen, allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz 8

Erster Abschnitt: Hinweis auf die Notwendigkeit, den an sich anerkannten Unterschied zwischen Klage und Recht auch bei der Unterlassungsklage streng zu berücksichtigen . . . 8

Zweiter Abschnitt: Dem allgemeinen Recht auf Schadensvergütung läßt sich ein allgemeines Recht auf Schadensverhütung gegenüber stellen 10

Dritter Teil: Die wahre Natur der vorbeugenden Unterlassungsklage und ihre Stellung im System des vorbeugenden Rechtsschutzes 19

Erster Abschnitt: Die Grundlage unserer weiteren Erkenntnisse: Rechtsgegenstand und Recht an dem Gegenstand sind zwei verschiedene Rechtsgüter 20

Zweiter Abschnitt: Das Verhältnis von Unterlassungsklage und Feststellungsklage von dieser Grundlage aus betrachtet . . 23

Erstes Kapitel: Die frühere fehlerhafte Einreihung der Unterlassungsklage in die Klasse der Feststellungsklagen ist bezeichnend für die Zusammengehörigkeit beider Rechtseinrichtungen 23

Zweites Kapitel: Die Feststellungsklage als Leistungsklage auf Wiedergutmachung 24

Drittes Kapitel: Die „vorbeugende Unterlassungsklage" ist ebenfalls eine Klage auf Wiedergutmachung 26

Viertes Kapitel: Einiges zum prozessualen Verhältnis von Unterlassungsklage und Feststellungsklage 27

Vierter Teil: Bisherige Ergebnisse 29

Erstes Kapitel: Das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchungen stellt unsere im ersten Teil aufgestellte These unter Beweis 29

Zweites Kapitel: Weiterer rechtspolitischer Ausblick 30

Fünfter Teil: Vorbeugender Rechtsschutz in England durch die „Injunction" 31

Erster Abschnitt: Über ihr Wesen und von den hier belangreichen Arten 31

Zweiter Abschnitt: Praktische Handhabung der Injunction in dem Anwendungsgebiet der deutschen Unterlassungsklage . . 34

Erstes Kapitel: Im allgemeinen 34

Zweites Kapitel: Die Injunction als "actio quia timet" . . . 34

Drittes Kapitel: Injunction und Verhalten des Beklagten im Prozeß 35

Viertes Kapitel: Einiges über die Stellung der Injunction zum declaratory judgment 36

Fünftes Kapitel: Vorbildliche Lösung der „Frage": "Injunction against crime?" 37

Sechster Teil: Französische Rechtseinrichtungen, in denen das allgemeine Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz zum Ausdruck kommt und welche sein Bestehen erhalten 39

Erster Abschnitt: Allgemeinheiten 39

Zweiter Abschnitt: Erörterung und Bejahung der Frage, ob die an sich im französischen Recht unbekannte deutsche Unterlassungsklage in Frankreich angestrengt werden könnte 41

Dritter Abschnitt: Kräftiger Ausdruck des allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz in den „Mesures destinées à empêcher un dommage" 43

Erstes Kapitel: Französische Unklarheiten auf diesem Gebiet . . 43

Zweites Kapitel: Die fehlerhafte rechtsgeschichtliche Begründung . 44

Drittes Kapitel: Versuche „juristisch-konstruktiver" Rechtfertigungen 46

Viertes Kapitel: Nähere Betrachtungen und aufschlußreiche Fälle 47

Fünftes Kapitel: Beziehungen der mesures destinées à empêcher un dommage zu den jugements déclaratoires 51

Vierter Abschnitt: Die „astreintes" im Lichte vorbeugenden Rechtsschutzes 52

Fünfter Abschnitt: Ist eine "actio quia timet" im französischen Recht gänzlich unbekannt? 60

Schluß: Zusammenfassende Bewertung unserer Erkenntnisse . . . 62

SCHRIFTTUM.

Aubry et Rau, Cours de droit civil français. Paris 1920.

N. N. Alexeiev, in Archives de Philosophie de droit et de Sociologie juridique, Paris 1934 Nos. 1/2.

American Law Review, St. Louis 1919, No. 8 p. 164.

Ascoli, Rivista de diritto civile, 1915, p. 679.

Arndt, Der Schutz des Kredits gegen deliktische Eingriffe, nach dem BGB., Dissertation Jena 1913.

Barthelt, Die zivilrechtliche Behandlung der ehr- und kreditverletzenden Mitteilungen, die zur Wahrnehmung berechtigter Interessen dienen, in Gruch. B. Bd. 69, S. 437 (1925).

Barthelemy, Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français, in Libr. de la Soc. du Réc. Gén. des lois et des arrêts, p. 21/26 Paris 1899.

v. Buri, Irrtum in Hinsicht auf Notwehr, im Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft, VIII, 1860 S. 441/71.

Bewes, Declaration of future rights, in 8 Quaterly Review 1892.

Braas, Précis de procédure civile Organisation judicaire 2é d. Brux. Bruyland 1934/35.

Bressard, La théorie des astraintes, Lyon 1901.

Brose, Die Unterlassungsklage zur Abwehr künftiger rechtswidriger Eingriffe in die durch die §§ 824, 826 BGB. geschützten Rechtsgüter und rechtlichen Interessen, Diss. Jena 1930.

v. Blume, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, in Festgabe für Gueterbock 1910.

Cuchet, Précis de droit criminel, Paris 1925.

Capitant, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Paris 1934.

Cruet, La vie du droit et l' impuissance des lois, Paris 1908.

Croix, Feaux de la in JW. 1934, S. 2737, Heft 44.

Cornil, A propos d' un livre posthume de Léon de Petrazicky, in Arch. philosophiques de droit et de sociologie juridique, Paris 1934, Nos. 1/2.

Demogue, Traité des obligations en général, Paris 1923—1933, T. I, II, III, IV.

— Les sources et les effets des obligations, II. Bd. Paris 1931.

Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen, Leipzig 1877.

Dodel, Progress of preventive justice, 6 American Bar Association journal.

Dölle, Das Bürgerliche Recht im nationalsozialistischen deutschen Staat, Ein Vortrag vom 2. September 1933 in Schmollers Jahrb. Bd. 57, II Halbbd. 1933 S. 649 ff.

— Vom alten zum neuen Schuldrecht, in DJZ. 1934, S. 1016 f.

Enceclopedia of the Laws of England, Bd. 27, London 1910.

Eltzbacher, Die Unterlassungsklage, Berlin 1906.

Fehr, Recht und Wirklichkeit, Potsdam und Zürich 1927.

Fischer, Die Unterlassungsklage, Dissertation Breslau 1911.

Fremy-Ligneville, Traité de la législation des bâtiments Tome II p. 417.

Fourcaud, De la diffamation, Thèse Bordeau 1891.

Foertsch, Der Code Civil und das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl. Berlin 1899.

Fournier, De la condamnation à des dommages interêts considérée comme moyen de contrainte et comme peine, Thèse Monpellier 1896.

Flad, Von der Unterlassungsklage insbesondere im Gebiet der unerlaubten Handlungen, in Jherings J. 70, 337 (1921).
Fraenkel, Der Schutz der Ehre nach Bürgerlichem Recht, in Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Heft 27, 1908.
Fuchs, Die Verstümmelung der Unterlassungsklage, in JW. 1925 S. 30 ff.
Geipel, Die Unterlassungsklage, 1932.
Garraud, Précis de droit criminel, Paris 1906.
Garsonnet, Cesar-Bru, Traité de procédure civile et commerciale, 8 é éd. T. I 1919, No. 361.
Gardenat et Salmon Ricci, De la responsabilité civile, Paris 1927.
Grosch, Sachen und Rechte, eine rechtsphilosophische Untersuchung in Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Wien 1914, 40. Bd.
Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten, I. Teil: Prozeßordnung 1842, Berlin (Text von 1816).
v. Gierke, Deutsches Privatrecht, I. Leipzig 1895, 1905.
— Schuldrecht, Berlin 1917.
Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, I. Leipzig 1903.
— System des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipz. 1912.
Hellbronner, Da le diffamation et de la répression en droit anglais, thèse Paris 1901.
Husserl, Der Rechtsgegenstand, Rechtslogische Studie, Berlin bei J. Springer 1933.
Josserand, Essais de téléologie juridique. De l' esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l' abus des droits, 2. vol. Paris 1927.
— Cour de droit civil positiv français, 3 vol. 1933.
Jenks, Digeste de droit anglais, 2 tomes Paris 1923.
Jacobsohn, Die Unterlassungsklage, Dissertation Berlin 1912.
Jsay, Das Recht am Unternehmen 1910 S. 59 ff.
Juncker, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl. Tübingen 1928.
Kaden, Das Reichsgericht und das französische Zivilrecht, in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Bd. II b. Schreiber, Berlin und Leipzig 1929 S. 88 f.
Kuhn, Principes de droit anglo-américain, 1. vol. 1924 (übersetzt).
Kehr, Declaration of rights without consequential relief in 53 American Law Review, 161 (1919).
Klee, Das Recht auf Wahrheit als Grundprinzip des § 193 StGB. in Festgabe für Frank, Bd. II, S. 370 ff. Tübingen 1930.
Kohler, Ehre und Beleidigung, in Goltd. Archiv Bd. 47 S. 1 ff.
Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, S. 130 f. 1903.
Gerard, Les torts ou délits civiles en droit anglais, Thèse Rennes 1910, p. 383.
Larombiere, Théorie pratique des obligations, T. V. Paris, 1857.
Levy-Ullmann, Le système juridique de l' Angleterre, (Ausgabe: La vie juridique des peuples) Paris (Delagrave) 1931.
Lewald, Quelques réflexions sur la Justice préventive, in Rev. trimestrielle de l' Institut Belge de Droit Comparé 1935 no. 2 p. 67 sqq.
Locré, La législation civile criminelle et commerciale an France, Paris 1849.
Abbé Jaques Leclerq, Le droit naturel Namur 1933.
Langheineken, Anspruch und Einrede, Leipz. 1903.
Lange, Die Vertragstreue, im „Deutschen Recht", v. 25. Nov. 1934 Nr. 22.
Lobe, „Die Wahrnehmung berechtigter Interessen" in Festgabe für Richard Schmidt, S. 79 f. Leipzig 1932, 98 ff.
— Abwehr gegen Angriffe in den eingerichteten Gewerbebetrieb, in LZ. 1931 S. 664.
Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB. Berlin 1931.
v. Lilienthal, Vergleichende Darstellung des in- und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil Bd. IV S. 375 ff.

Müller-Eisert, Die Ehre im deutschen Privatrecht, Berlin 1931.
Moriaud, Du délit nécessaire et de l'état de nécessitê, Genf 1899.
Maynard, Les jugements déclaratoires, thèse Lyon 1922 (Une nouvelle forme d'activité judiciaire. La justice préventive).
Martin, Le droit de réponse et de critique en matière litéraire dramatique et artistique Thèse Dijon, 1922.
Muther, De origine processus provocatorii ex L. diffamari. Die Diffamationsklage, 1853 in Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts, Bd. II S. 53.
Meynial, Artikel in der Revue pratique de droit francais, 1884 II p. 385.
Meijers, Uitlegging en toepassing in Nederland van aan den Code Civil ontleende wetsvorschriften in Mededeelingen der Koninkliyke Akademie vam Wetenschapen Aafdeeling Letterkunde, Deel 74 B. no. 5.
Naef, Unterlassungsklage und Unterlassungsanspruch im Schweizer Recht, Züricher Diss. 1919.
Nipperdey, Anmerkung zur Entscheidung in JW. 1932, 3608.
Ovid, Ars amandi, in Nissard „Ovid" 1876, Paris.
Oertmann, Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts, 1927.
— Zur Struktur des subjektiven Privatrechts, in Arch. f. zivilist. Praxis, 123, 129 ff.
Planiol-Ripert, Traité élémentaire de droit civil, Paris 1932.
— Traité pratique du droit civil francais, besonders Tome 6.
Poittevin, Traité de la Presse, Tome 2 Paris 1902/04.
Paris, De la diffamation envers les particuliers, Thèse Bordeaux, 1902.
Pollock, The law of torts, 3. Ausgabe. London.
Perraud-Charmantier, Le droit de réponse en matière de presse, Paris 1930.
Rossel et Mentha, Droit civil suisse, Bd. I S. 89.
Repertoire Alphabetique de Legislation, de Doctrine, et de jurisprudence de Dalloz, v. unter „Responsanbilité", No. 768.
Reichsgerichtspraxis, Die im Deutschen Rechtsleben (siehe unter Kaden).
Répertoire pratique du droit Belge . . . . etc. Brüssel. (s. u. „concurrence illicite" p. 654.
Ripert, Lucienne, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, Paris 1933.
Ripert, Georges, Les dommages — intérèts en monnaie étrangère, in Revue critique de la jurisprudence, 46 1926 S. 28/29.
Rivista, di diritto civile 1915, S. 679.
Rosenthal, Die Unterlassungsklage und der sechste Zivilsenat des Reichsgerichts, in LZ. 1918, S. 1059 ff.
— Die Behandlung der Unterlassungsklage in der Rechtsprechung des sechsten Zivilsenats des Reichsgerichts in LZ. 1918, S. 1059 ff.
Salinger, Die Unterlassungsklage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in Gruch. B. Bd. 64, S. 263.
Smith, A., A practical exposition of the principles of equity, illustrated by the leading decisions thereon, London 1902.
Sourdat, Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, etc. . . . Paris, (Marchand et Billard), 1902.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldrecht, 1913.
Schmidt, Rudolf, Der quasi-negatorische Beseitigungsanspruch, 1924.
Sobernheim, Das ungünstige Parteivorbringen als Urteilsgrundlage im Zivilprozeß, Berlin 1916.
Savatier, Effets et sanctions du devoir moral. Paris.
Siebert, Auflockerung und Umbruch im Bürgerlichen Recht, DR. 1935, Heft 3 S. 56.
Schmieding, Gibt es eine Unterlassungsklage für das Gebiet der unerlaubten Handlungen, Dissertation Marburg 1921.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, II. Halbbd. 1925 (Mohr, Tübingen).

Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre (Boehlau, Weimar 1878).
Turlan, Les astreintes. Thèse de doctorat Toulouse 1925.
Wach, Der Feststellungsanspruch, Sonderabdruck aus der Leipziger Festgabe für Windscheid.
Willems, Essai sur la responsabilité, „Revue générale de droit, 1895 p. 298.
Wilhelm, Die Rechtmäßigkeit der Ehrverletzungen gemäß § 193 StGB. in GS. Bd. 45.
Weismann, Die Feststellungsklage 1879.
Zimmermann, Zur Geschichte und Theorie der Feststellungsklage, Dissertation 1905.
Zwiedineck-Suedenhorst, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, Berlin 1932.
Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, in Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 99, S. 101 ff. Tübingen 1906.
Zivilgesetze der Gegenwart (herausgegeben von Heinsheimer und Martin Wolff), Bd. I (Bensheimer 1932).

Verzeichnis weniger gebräuchlicher Abkürzungen.

Belg. Jud.: La Belgique Judiciaire.
Beav.: Beavan's Reports Roll Count, 3 vol. 1838/66.
CH.: (dem ein Datum vorausgeht) Law Reports Chancery division seit 1890.
CH. App.: Law Reports, Chancery Appeals 10 vol. 1865—75.
Civ.: Chambres civiles — Cour de Cassation francaise.
Civ. b.: Chambres civiles — our de Cassation belge.
D.: Recueil périodique de jurisprudence. Dalloz.
DR.: Deutsches Recht.
DJZ.: Deutsche Juristenzeitung.
DRZ.: Deutsche Richterzeitung.
D. Jur. gén.: Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence de Dalloz.
DP.: Receuil périodique et critique de Dalloz.
Drew.: Drewry's Reports Chancery 4 vols. 1852—1859.
GS.: Gerichtssaal, Zeitschrift für volkstümliches Recht.
Gruchots Beitr.: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Hem. + M.: Hemming and Miller's Reports, Chancery 2 vols. 1862—65.
IR. Eq.: Irish Reports Equity, 11 vols. 1866—1877.
IR.: Irish Reports, seit 1893.
Jenk.: Jensk Reports 1 vol. 1220—1623.
Jur. Com. Brux.: La jurisprudence commerciale de Bruxelles.
LR.: Law Reports.
LT.: Law Times Reports, 1859 (laufend).
LJ. (CH.): Law Journal, Chancery 1822 (laufend).
My + Chr.: Mylne and Craigs Reports, Chancery, 5vols. 1835—1841.
My + K,: Mylne and Keen's Reports, Chancery 3 vols. 1832—1835.
New Rep.: New Reports 6 vols 1862—1865.
QB.: Queen's Bench Reports, 18 vols. 1841—1852.
QB.: (dem Datum vorangeht) Law Reports Queens Bank division 1891—1901.
QBD.: Reports Queen's Bench division, 25 vols. 1875—1890.
Recht: Das Recht.
Rev. dr. civil: Revue trimestrielle de droit civil, Receuil Sirey.
Req.: Chambres des requêts de la Cour de Cass. frc.
S.: Receuil de jurisprudence Sirey (von 1908 ab gilt die Verweisung auf „S" als Verweisung auf „Pandectes françaises" und auf „Journal du Palais).
S.Chr.: Sirey Chronologique.
Ves.: Vesey Jun's Reports, Chancery, 19 vols. 1789—1817.
W.N.: (mit vorausgehendem Datum): Law Reports, weekly notes. 1866 (laufend).
Die Zitierweise entspricht der in den verschiedenen Ländern jeweils üblichen.

Einleitung.

Die Menschen bedürfen juristischer Hilfen im allgemeinen erst dann, wenn sich ihre Angelegenheiten lebensmäßig nicht mehr ordnen lassen [1]). Wie man sich an den Arzt erst wendet, wenn man krank ist, so ruft man auch erst dann nach dem Juristen, wenn die Verhältnisse des Lebens kranke Rechtsverhältnisse geworden sind [2]).

Diese psychologische Tatsache macht es begreiflich, daß der vorbeugende Rechtsschutz von jeher nur eine nebensächliche Rolle spielte, geschweige denn etwa als besonderer Zweig der Rechtswissenschaft erkannt worden ist. Denn das erst d r o h e n d e Unheil beschäftigt die Menschen weniger als das eingetretene Übel.

Erst Eltzbacher („Die Unterlassungsklage als ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes") [3]) erkannte die Bedeutung der Unterlassungsklage (im folgenden „UKL.), — aber auch er faßte das Gebiet des vorbeugenden Rechtsschutzes nicht in seiner Einheit auf, sondern hat nur eine einzige rechtliche Erscheinung, die UKL., bemerkt, oder wenn er auch andere Erscheinungsformen des vorbeugenden Rechtsschutzes wahrnahm, so erklärte er sie nur als Formen eben der UKL. und bemerkte nicht, daß es umgekehrt einen größeren Rahmen, das Gebiet des vorbeugenden Rechtsschutzes, gibt, in den die UKL., von anderen Formen des vorbeugenden Rechtsschutzes verschieden, an richtiger Stelle eingeordnet werden muß.

Wenn in dieser Arbeit versucht wird, diese Einordnung vorzunehmen, so werden wir uns jedoch nicht darauf beschränken, die UKL. von den anderen Formen vorbeugenden Rechtsschutzes abzugrenzen, sondern vielmehr auch gleichzeitig das Verbindende jener Formen untereinander, ja ihr wirkliches Verwandtschaftsverhältnis aufzuzeigen.

Eltzbachers Verdienst sehen wir ferner hauptsächlich darin, daß er wie keiner vor ihm noch nach ihm wissenschaftlichen Stoff zur Erkenntnis der UKL. zusammengetragen hat, in einer Weise, daß seine Epigonen ihn wohl

---

1) „Im allgemeinen", denn für die freiwillige Gerichtsbarkeit (Grundbuchsachen z. B.) und für das Familienrecht (Eheschließungen u. a.), gilt das natürlich nur im beschränkteren Maße.

2) Anders die Ansicht Krückmanns, in JW. 1932, Heft 49/50 S. 3688/92, der soweit geht, zu behaupten, die Menschen bedienten sich des Rechts in jeder Beziehung des Lebens: so sei die Aufforderung des Herrn an die Dame mit ihm zu tanzen, die Offerte zu einem Vertrag (!) und Krückmann erörtert, welchen Inhalt dieser „Tanzvertrag" habe (z. B. „Das Spitzenkleid nicht mit den Sporen zu zerreißen" als Pflicht des Tänzers und die Pflicht der Dame, ihren Partner nicht in verletzender Weise plötzlich stehen zu lassen!). Wir halten es dagegen mit Caillou's geflügeltem Wort „Hors de la loi, il y a la vie".

3) Berlin 1906.

an scharfsinniger Kritik übertreffen (s. u.) mögen, trotzdem aber stets gezwungen waren, jenes Eltzbachersche tatsächliche Wissen ihren Erörterungen zugrunde zu legen. Wenn in der vorliegenden Arbeit Eltzbachers nun weniger, als es seit 30 Jahren sonst zu geschehen pflegt, auf Schritt und Tritt Erwähnung getan wird, so geschieht es deshalb, weil wir unsere Betrachtungen an (von Eltzbacher unabhängig) selbständig zusammengetragenen Stoff knüpfen, und weil wir außerdem glauben, daß heute die Kenntnis jenes bahnbrechenden Werkes über die UKL. ohne weiteres vorausgesetzt werden muß.

Wir haben die vorbeugende UKL. in den Mittelpunkt unserer rechtsvergleichenden Betrachtungen gestellt, weil es die vollkommenste Schöpfung des deutschen Rechtsgeistes auf diesem Gebiet ist und weil sie nicht nur in ihrer gegenwärtigen verhältnismäßig verfeinerten Ausgestaltung doch wohl am aufschlußreichsten für das Gebiet des vorbeugenden Rechtsschutzes sein dürfte, sondern auch weil in ihr der Gedanke des vorbeugenden Rechtsschutzes deshalb besonders gut zum Ausdruck kommen mußte, weil diese Rechtseinrichtung allmählich, entsprechend dem sich jeweils geltend machenden Bedürfnis, wuchs, — von der Wissenschaft herausgetastet und prätorisch geschaffen von der Rechtssprechung.

Ähnlich ging die Entwicklung, wie wir zeigen werden, auch in den fremden Rechten. Auch in Frankreich und England „setzet der Richter an des Keysers statt“ [4]) — auch dort fehlt es an einer umfassenden gesetzlichen Niederlegung der Regeln, die unser Gebiet beherrschen, sowie an der Erkennntis, daß unser Gebiet des vorbeugenden Rechtsschutzes überhaupt ein „Gebiet“ sein könnte. Überall paßte sich die Ausgestaltung des vorbeugenden Rechtsschutzes geschmeidig dem jeweiligen praktischen Bedürfnis, drohenden Schadenseintritt mit den Mitteln des Zivilrechts zu verhindern, an. Und da praktische Bedürfnisse der Völker weniger verschieden als diese selbst und unabhängig von philosophischen, weltanschaulichen, ja politischen Lehren vorhanden sind, verdienen auch die fremden Rechte unsere Beachtung. Für dies besonders „utilitaristische“ Rechtsgebiet gilt der Satz des Cassationshofes von Palermo [5]) „Il diritto privato appartienene all' uomo perche uomo“ [6]). Bei äußerlich recht verschiedenen Rechtseinrichtungen der anderen Völker werden wir jedenfalls dieselben Grundzüge wie bei der deutschen UKL. wiederfinden, ja Gemeinsamkeiten entdecken, die auf ein allgemeines Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz hinweisen.

Eine solche Gesamtschau ist wohl zum ersten Male vom Verfasser angeregt worden, wenn auch nur andeutungsweise im Rahmen eines stark gekürzten Artikels [7]).

Wenn wir auch im Laufe der Arbeit unserem neuen Gedanken im gewissen Maße wieder den Prozeß machen werden, so hoffen wir doch, auf

---

4) Endemann, Kaiserrecht, nach der Handschrift von 1372, Kassel 1846, III 13, 205.

5) Vom 25. August 1894.

6) Ähnlich wie das Handelsrecht.

7) Willy Lewald, „Quelques réflexions sur la Justice préventive“, in Revue de l' Institut belge de droit comparé, 1935 No. 2 S. 67 ff.

dem Schachspiel der juristischen Wissenschaft eine neue Kombination aufgezeigt zu haben. Eine andere Frage wird es sein, ob man die Steine im Brett dann auch danach bewegt.

Denn mit besonderem Nachdruck soll betont werden, daß wir nur Betrachtungen anstellen, schildern, Zusammenhänge rechtsvergleichend aufdecken und zergliedern, nicht aber konkrete praktische Vorschläge machen wollen. Das mögen andere tun.

Gleichwohl werden wir unsere Arbeit damit beginnen, einen ganz praktischen Fall in seiner Problematik zu schildern und eine Lösung vorzuschlagen.

Wir werden das nicht tun, weil wir an die Rechtswissenschaft mit den Methoden der Naturwissenschaften herangingen, d. h. der Ansicht wären, man solle zunächst die natürlichen Phänomene beobachten, auch im Rechtsleben, und erst daran Betrachtungen knüpfen, und sich bei der Aufstellung von Lehrsystemen eng an das Beobachtete halten. Das mag die richtige pädagogische Methode sein, — wir huldigen jedoch für die Wissenschaft der Ansicht, ruhig der logischen, ja spekulativen Methode zu folgen, selbst auf die Gefahr hin, mitunter weltferne Ergebnisse vorweisen zu müssen. Denn nur so kann Neues erzeugt werden, — die andere Methode bleibt stehen bei der Beschäftigung mit dem Vorhandenen.

Wir werden unserer Arbeit auch nicht deshalb jenen praktischen Fall mit unserer Lösung voranstellen, weil wir nur und allein diese Lösung mit der Arbeit verteidigen wollten. Das wäre eine zu unwichtige These, und es bedürfe nicht so vieler Worte, um das Für und Wider abzuwägen.

Wir beginnen die Arbeit vielmehr nur damit, weil durch diesen einen praktischen Fall gleichsam der Vorhang vor der g e s a m t e n Problematik weggezogen wird und weil andererseits im Laufe unserer Untersuchungen jede Einzelbetrachtung an jenem Fall erhellt und umgekehrt unsere vorgeschlagene Lösung immer wieder neu erhärtet werden mag.

Unsere eigentliche „These" bleiben jedoch d i e B e t r a c h t u n g e n.

I. TEIL.

Kann man mit einer deutschen vorbeugenden Unterlassungsklage der Wiederholung künftiger Beleidigungen zuvorkommen, welche zunächst auf Grund der §§ 193 StGB. und 824 Abs. 2 BGB. gerechtfertigt waren?

Erster Abschnitt:

Die Stellung des Reichsgerichts und ihre Unhaltbarkeit.

Das ist eine sehr bekannte Frage, die deshalb keineswegs ab ovo entwickelt zu werden braucht.

Sie läßt sich in voller Schärfe kurz so umreißen: Die Vorausetzungen für die Gewährung einer UKL. sind: ein erstmaliger rechtswidriger Eingriff und die nicht allzu ferne Gefahr seiner Wiederholung.

Liegt z. B. der Fall der üblen Nachrede (§ 186 StGB.) vor, und droht dem in seiner Ehre Verletzten eine weitere Verletzung dieses Rechtsgutes, so kann er diese weitere Verletzung bekanntlich durch die Erlangung einer den Gegner zur Unterlassung weiterer übler Nachreden verurteilenden Entscheidung verhindern.

Wenn nun aber der erste rechtswidrige Eingriff, die erste Ehrverletzung in unserem Beispiel durch § 193 gedeckt [8]) ist, die Ehrverletzung also „in Wahrnehmung berechtigter Interessen" geschah [9]), so ist nach richtiger (siehe weiter unten) Ansicht jener Eingriff gar nicht rechtswidrig. Dann aber entfällt eine der beiden Voraussetzungen, unter denen die UKL. gewährt wird. Der UKL. dürfte mithin nicht stattgegeben werden. (So, Danziger Obergericht 3. Sept. 1935 JW. 1936, S. 391!)

Nichts destoweniger läßt das Reichsgericht [10]) die UKL. durchdringen, (s. u.) und zwar in ständiger Rechtssprechung.

Wie ist das möglich? Das ist die Frage, um die es sich handelt.

Lewald sagt, das Reichsgericht habe sich hier in eine Sackgasse „verrannt" [11]). Unter den obigen Voraussetzungen ist die Gewährung der UKL. unmöglich.

Reichsgericht und Wissenschaft suchten trotzdem hier eine Lösung des Unlösbaren zu finden.

Die „Begründungen" wechselten rasch. Sie sind sämtlich nicht haltbar, oder können nicht befriedigen.

Am besten vermag man noch der Rechtfertigung des Reichsgerichts in dem berühmten „Brisbane Fall" [12]) zu folgen. Dort wurde „die Billigkeit und Gerechtigkeit" des Ergebnisses als „die beste Begründung" angesehen. Denn Billigkeitserwägungen sind auf einem Gebiet, das, wie das unsrige, in seiner Ausgestaltung allein von dem praktischen Bedürfnis bestimmt wird, vielleicht nicht allzu fehl am Platze.

Doch gab sich das Reichsgericht mit einer solchen Vermeidung einer wirklichen Lösung bald nicht zufrieden [13]), und versuchte den Ausweg aus den Schwierigkeiten dadurch zu finden, daß es die Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht mehr als Rechtfertigungsgrund, sondern lediglich als Schuldausschließungsgrund ansah, so daß die Voraussetzungen für die Gewährung der UKL. (erstmaliger rechtswidriger, wenn auch nicht schuldhafter Eingriff und Wiederholungsgefahr) bestehen blieben.

Diese — a n s i c h durchaus logische — Ansicht vertritt auch Lobe [14]). Immerhin macht er schon eine Einschränkung für den Fall der üblen Nachrede. § 193 schlösse bei § 186 auch die Rechtswidrigkeit aus. Denn nicht

8) Für § 824, II BGB. ergeben sich keine anderen Schwierigkeiten und keine Besonderheiten. DRZ. 1927 S. 254 (Schutz sogar bei Verleumdungen). Dagegen übrigens Rudolf Schmidt „Der quasi-negatorische Beseitigungsanspruch", 1924, S. 85 ff.

9) Es muß sich erübrigen, hier etwa Beispiele zu geben.

10) Nur das RG. verdient hier, neben der Wissenschaft genannt zu werden, da die quasi-negatorische UKL. ja eine Schöpfung des Reichsgerichts ist.

11) a.a.O. S. 69 unten „Le Reichsgericht s' est engagé dans une impasse".

12) RG. 48, 114 ff.

13) RG. 61, 366; 62, 93; 63, 92; 64, 10.

erweislich wahre Tatsachen seien auch nicht erweislich unwahre Tatsachen. Die Möglichkeit der Wahrheit bestehe jedenfalls. Ebenso wie man aber unter dem Schutz des § 193 StGB. berechtigt sei, wahre ehrverletzende Tatsachen zu behaupten, sei man auch noch berechtigt, Tatsachen zu behaupten, die nur möglicherweise wahr seien. Durch diese Unterscheidung zwischen den einzelnen Formen der Beleidigung" verliert das Problem an seiner Allgemeinheit, und es wird auf strafrechtliches Gebiet verlegt.

Ohne daß wir im Rahmen dieser Arbeit auf diese Sonderfrage des Strafrechts näher eingehen könnten, muß aber hervorgehoben werden, daß nach richtiger Ansicht § 193 StGB. den Charakter eines Rechtfertigungsgrundes hat: das hat Klee [15]) überzeugend und sehr eingehend nachgewiesen, indem er zu zeigen vermochte, daß der Beleidiger in Wahrung berechtigter Interessen ein „Recht auf Wahrheit" habe.

Ebenso konnte auch das Reichsgericht bei seiner unrichtigen Begründung nicht verharren und mußte anerkennen, daß „für die UKL. die Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht an sich gleichgültig" sei. Bei ihrem Vorliegen „fehlt es am Tatbestand der unerlaubten Handlung auch gegenständlich" [16]). Folgerichtig wäre es nun gewesen, daß das Reichsgericht auf Grund dieser Erkenntnis die UKL. abgewiesen hätte, da es ja wieder am Vorliegen der einen Voraussetzung für die Gewährung der UKL., dem erstmaligen widerrechtlichen Eingriff fehlt.

Doch das Reichsgericht weist die UKL. nicht ab! Vielmehr bemüht es sich, eine neue Begründung zu geben: der UKL. müsse trotzdem stattgegeben werden [17]), wenn der Kläger im Prozeß beweise, daß die unter dem Schutz des § 193 StGB. aufgestellten Behauptungen unwahr seien. Hieran hält es in ständiger Rechtsprechung fest [18]).

Diese „Begründung" ist eigentlich kaum zu verstehen, jedenfalls ist sie nicht richtig. „Es ist nicht einzusehen, wie die Rechtswidrigkeit (die im Augenblick der Beleidigung nicht bestand, nachträglich) durch den Beweis der Unwahrheit entstehen soll" [19]). Genau so wie § 824 II BGB. schützt ja auch § 193 StGB. unwahre Behauptungen (ja mitunter sogar Verleumdungen). Der Schutz dieser Paragraphen hängt gar nicht von der Wahrheit der behaupteten Tatsachen, sondern nur und allein vom guten Glauben des Beleidigers [20]) ab. Daher kann man auch nicht, wie es Lehmann tut [21]), sagen, durch den Beweis der Unwahrheit würde „der Schein der berechtigten Interessen beseitigt."

---

14) Lobe, „Wahrnehmung berechtigter Interessen" in der Festgabe für Richard Schmidt, 1932, S. 96.

15) Klee, „Das Recht auf Wahrheit als Grundprinzip des § 193 StGB." in der Festgabe für Frank, Bd. II S. 370 f., Tübingen 1930; auch RG. 59, 414; JW. 1919, 791 Nr. 8.

16) RG. 95, 339; RG. in JW. 1925, 1343.

17) RG. 95, 339; RG. in JW. 1925, 1343.

18) RG. in JW. 1934, 410.

19) Bartelt, „Die zivilrechtliche Behandlung der ehr- und kreditverletzenden Mitteilungen, die zur Wahrnehmung berechtigter Interessen führen" in Gruch. B. Bd. 69, 437.

20) RG. in DRZ. 1927, 254.

21) Lehmann, in JW. 1919, 993.

Leonhard [22]) streift einmal kurz jene Frage, erkennt aber ihre Schwierigkeit nicht recht und setzt sich absichtlich leicht darüber hinweg: Er behauptet, § 193 StGB. schlösse die Rechtswidrigkeit zwar aus, jedoch „nur nach einzelnen Richtungen" (vermutlich meint er, für die Frage der Strafbarkeit oder im Bürgerlichen Recht, für die Frage, ob aus § 823, II BGB. i. Vbdg. m. § 193 StGB. Schadensersatzansprüche hergeleitet werden können.) Nach anderen „Richtungen" hin, nämlich soweit die Unterlassungsklage (und die Frage, ob Ehrennotwehr [23]) gegenüber einem in Wahrung berechtigter Interessen Beleidigenden möglich sei) in Betracht komme, bliebe die Rechtswidrigkeit der Beleidigung bestehen.

Es ist uns unklar, warum dem wirklich so sein sollte. Leonhard sagt es jedenfalls nicht. Und es läßt sich auch nichts für seine Ansicht anführen. Da pro ratione voluntas [24]).

In vielen Fällen wird die reichsgerichtliche Praxis, der UKL. trotz Vorliegens des § 193 StGB. stattzugeben, aus besonderen tatsächlichen Gründen gerechtfertigt sein: Wir wollen das auch noch ausdrücklich hervorheben, den Fall aufzeigen, ihn dann aber bei unserem Lösungsvorschlag ausscheiden, um nicht die gestellte Frage durch jene tatsächlichen Unterstellungen zu umgehen.

Wir haben den Fall im Auge, daß der Beklagte, der der Erbringung eines völlig einwandfreien Beweises für die Unwahrheit seiner Behauptungen beigewohnt hat (— eines so klaren Beweises, daß jene Unwahrheit für jedermann nunmehr außer Zweifel stehen muß —) sich trotzdem weiter im Prozeß auf die Wahrheit seiner Behauptungen beruft [25]). Dann kann darin nämlich eine erneute Beleidigung im Prozeß liegen und dann stellt diese neue Beleidigung den ersten rechtswidrigen Eingriff dar [26]). Wir haben es dann mit einer UKL. zu tun, die bei ihrer Erhebung unbegründet gewesen war, da ein erstmaliger rechtswidriger Eingriff (wegen § 193 StGB.) in die Ehre oder den Kredit des Klägers nicht vorlag, — die aber bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung begründet worden ist. Wie gesagt, muß dieser Sonderfall bei unserer Lösung ausscheiden. Welches ist nun diese Lösung?

Zweiter Abschnitt:

Die hier vertretene These.

Lewald [27]) sagt: „La seule solution possible et vraiment simple (et qui soit surtout conforme à l'équité) est: d'admettre qu'aucune première atteinte illicite n'est nécessaire". Die Lösung besteht darin, daß wir nur aussprechen und beim richtigen Namen nennen, was das Reichsgericht in Wahrheit tut:

22) „Besonderes Schuldrecht" des BGB., 1931, 557.
23) Über die Gemeinsamkeiten von UKL. und Notwehr. s. u.
24) Wir erwähnen Leonhards Ansicht deshalb, weil er nichts an sich logisch Unvorstellbares vertritt.
25) s. unten bei unseren Betrachtungen über das englische Recht, S. 36. "When the defendant claims and insists upon his right".
26) Vgl. Sobernheim, „Das ungünstige Parteivorbringen als Urteilsgrundlage im Zivilprozeß". Berlin 1916.
27) Lewald, a.a.O. S. 70 unten.

Es gibt der UKL. statt, auch wenn der erste Eingriff rechtmäßig war. Wir erkennen nur, daß das Reichsgericht bei Beleidigungen vom Erfordernis des erstmaligen rechtswidrigen Eingriffs für die Gewährung der UKL. absieht.

Nur scheinbar hat das Reichsgericht das auch einmal selbst anerkannt. Die Worte unserer These hat es ausgesprochen, aber der entschiedene Fall war anders gelagert[28]): In jenem Falle handelte es sich nicht um die Gewährung einer UKL. bei bloßer Drohung, denn jene „Drohung" ging, wie der Sachverhalt ergibt, soweit, daß sie in Wahrheit schon ein gegenwärtiger rechtswidriger Eingriff war[29]).

Wenn wir die Praxis des Reichsgerichts richtig gesehen haben, so verlangt es für Unterlassungsklagen bei Beleidigungen keinen einstmaligen rechtswidrigen Eingriff.

Wir sehen nun aber keinen Grund, dies auf UKL. bei Beleidigungen zu beschränken, sondern vertreten die Ansicht, daß man von jenem Erfordernis bei allen UKL. absehen sollte, weil sich das bei der Abwehr von Beleidigungen als notwendig erwiesen zu haben scheint, und weil die UKL. bei Beleidigungen sich von anderen UKL. zur Abwehr anderer Eingriffe nicht wesenhaft unterscheidet.

Immerhin verlangt das Reichsgericht auch nach unserer Deutung seiner Rechtsprechung jedenfalls überhaupt einen Eingriff, mag er auch rechtmäßig sein. Es sieht nur von dem Erfordernis eines erstmaligen rechtswidrigen Eingriffs ab.

Wir sind jedoch der Meinung, daß es keinen Unterschied machen sollte, ob gar kein Eingriff vorliegt, — der Eingriff also nur droht, — oder bloß kein rechtswidriger. Denn das (Straf)-Recht wird von einer rechtmäßigen Handlung ebenso wenig berührt, wie von einem Garnichthandeln[30]).

Auch scheint das praktische Bedürfnis die Gewährung der UKL. bei bloßer Drohung zu fordern, denn es ist ein unerfreulicher Zustand, daß der Kläger zunächst einen rechtswidrigen Eingriff abwarten muß, bevor er ein Recht auf Unterlassung hat, das er durchsetzen kann. Wir werden im Laufe der Arbeit (s. S. 29/30) zeigen, daß ein solches Erfordernis des erstmaligen rechtswidrigen Eingriffs den Erkenntnissen widerspricht, zu denen wir hinsichtlich der Verwandtschaft aller Formen vorbeugenden Rechtsschutzes untereinander gelangen werden. Wir werden sehen, daß ein solches Erfordernis bei der UKL. geradezu eine anomale Ausgestaltung des Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz wäre, da wir jenes Erfordernis des erstmaligen rechtswidrigen Eingriffs bei den anderen Formen nicht antreffen.

Auch die Möglichkeit, selbstredend eine Schadensersatzklage gemäß § 249 BGB. mit Erfolg anstrengen zu können, auch wenn es sich „nur" um die Wiedergutmachung des ersten Schadensfalles handelt, wird unsere Ansicht stützen, sobald unsere Betrachtungen über den vorbeugenden Rechtsschutz uns zu der Erkenntnis geführt haben, daß auch die Vorbeugung eigentlich eine Wiederherstellung ist (s. S. 26 ff.).

---

28) RG. 101, 136, 138; RG. 104, 376.

29) s. unten S. 26 ff.

30) Vorausgesetzt natürlich, daß nicht etwa gerade eine Rechtspflicht zum Handeln besteht.

Die Eigenart unseres Gebietes, das sich ja in allen Punkten nur durch allergrößte Rücksichtnahme auf die praktischen Bedürfnisse auszeichnet, wird es uns gestatten, darauf hinzuweisen, daß das praktische Bedürfnis anderer Völker ebenfalls keinen erstmaligen rechtswidrigen Eingriff gefordert hat bei der Rechtsschutzgewährung durch die besonderen, jedem Volke eigenen Mittel, künftigen Schadenseintritt zu verhindern.

Schließlich dürfen wir, bevor wir an unsere eigentliche Aufgabe herangehen, rechtsvergleichend Erkenntnisse über den vorbeugenden Rechtsschutz im allgemeinen und seine Formen im besonderen zu gewinnen, eine captatio benevolontiae versuchen. Es sei uns erlaubt darauf hinzuweisen, daß wir die Autorität von v. Tuhr für uns haben [31]):

„Da der Unterlassungsanspruch sich gegen künftiges Unrecht richtet, und die bereits begangene Rechtsverletzung nur die Veranlassung zu diesem Anspruch gibt, kann man über die . . . gesetzlichen Vorschriften hinausgehen, als man den Unterlassungsanspruch auch dann gewährt, wenn ohne vorangegangene Rechtsverletzung gute Gründe vorliegen, eine solche zu befürchten, insbesondere wenn solche angedroht sind".

II. TEIL.

Auffassung der vorbeugenden Unterlassungsklage als Erscheinungsform eines umfassenderen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz.

1. Abschnitt:

Vorbemerkung: Abgrenzung der Begriffe „Unterlassungsklage" und „Recht auf Unterlassung".

Bevor wir an die Untersuchungen über die Rechtseinrichtung: Vorbeugende Unterlassungsklage (im folgenden „UKL.") herangehen, ist es nötig, noch eine kurze zivilprozessuale Klarstellung des Unterschiedes zwischen Klage und Recht im allgemeinen vorangehen zu lassen.

Denn die Nichtbeachtung jenes an sich in Deutschland wohl völlig anerkannten Unterschiedes ist die Ursache für mancherlei Dunkelheiten in dem Gebiet, das uns beschäftigt.

Man darf nicht schlechthin von der „Unterlassungsklage" reden, sondern muß in jedem Falle sagen, ob die zivilprozessuale Klagebefugnis gemeint ist, also die Möglichkeit, ein Recht auf Unterlassung durchzusetzen, oder ob man vielmehr das Recht auf Unterlassung selbst im Auge hat.

---

31) Schweizer Obligationenrecht, Allg. Teil, 2. Halbbd. 1925, S. 488. Es ist bemerkenswert, und wir werden, darauf noch eingehend, selbst zu handeln haben (s. unten S. 30), daß auch v. Tuhr in diesem Zusammenhang z. B. die UKL. in gedankliche Verbindung mit der Notwehr bringt. Anderer Ansicht als v. Tuhr übrigens: Naef „Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage im Schweizer Obligationenrecht", Züricher Diss. 1919, S. 103.

Selbst in Deutschland wird diesem Unterschied nicht genügend Rechnung getragen. Vor allem Eltzbacher [32]) läßt ihn stets außer Acht.

Besonders aber das französische Recht, von dem ja der vielleicht wichtigste Teil unserer Arbeit handelt, läßt in diesem Punkte die nötige Klarheit vermissen: Der Unterschied zwischen Klage und Recht wir dort gar nicht allgemein anerkannt (s. unten S. 27 u. 39 ff.), ebenso wenig wie übrigens in Rom: die Römer kannten den Begriff „materielles Recht" nicht, sondern hatten nur ein Reich von „Aktionen", (so nannte man dort z. B. den Eigentumsfreiheitsanspruch nie anders als „actio negatoria"). Recht war in Rom Klagebefugnis. Nur verfiel man in Frankreich in den entgegengesetzten Fehler und hielt Klagebefugnis für materielles Recht: „Die Klage ist der dynamische, das Recht der statische Zustand ein und derselben juristischen Lage [33]).

Um im deutschen Recht nicht offene Türen einzurennen, wollen wir bei unserer kurzen Klarstellung vorwiegend französische Stimmen zu Worte kommen lassen.

Gegen Thon [34]) in Deutschland und Barthélémy [34]) in Frankreich — die hervorragendsten Vertreter der entgegengesetzten Ansicht — läßt sich die Verschiedenheit von Klage und Recht vor allem aus folgenden Erwägungen ableiten.

Zunächst ist die Klage nur ein außerhalb des materiellen Rechts liegendes Mittel zu seiner Durchsetzung. Sie ist nur eins von vielen anderen Mittel. Die rechtliche Situation, auf deren Herstellung man ein (materielles) Recht hat, kann auch durch andere Mittel, z. B. im Wege der Zurückbehaltung, herbeigeführt werden. Es sei auch an die Möglichkeit erinnert, auf Grund einer vollstreckbaren Urkunde, also ohne vorherige Klage und Urteil, z. B. eine Pfändung auszubringen.

Weiter darf daran erinnert werden, daß man, um eine Klage zu erheben, ein vom materiellen Recht verschiedenes Klageinteresse haben muß.

Ferner, daß die Voraussetzungen für die Anstrengungen einer Klage nach dem Zeitpunkt der Klageerhebung richten, nicht nach dem der Entstehung des eingeklagten Rechts [35]).

Man kann auch eine Klage anstrengen, ohne irgend ein Recht zu haben, das den Klageanspruch rechtfertigt, und es ist nicht undenkbar, daß man mit einer solchen Klage, wenn sie schlüssig, wenn auch unbegründet, ist, obsiegen

---

32) Eltzbacher, a.a.O. besonders z. B. S. 230 bei seinen Ausführungen über die Feststellungsklage als „scheinbares Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes".

33) Garsonnet et César-Bru, „Traité de procédure civile et commerciale" 8 è éd. I. no. 361 (1919). Die für unsere Anschauungen juristisch begriffsunscharfen Engländer kennen den Unterschied zwischen Klage und Recht ebenfalls nicht, Lévy-Ullmann, „Le système juridique de l'Angleterre" Ausgabe „La vie juridique des peuples", Paris, 1931, S. 137 ff.

34) Thon, „Rechtsnorm und subjektives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre" 1878.

Barthélémy, „Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif francais". (Libr. de la Soc. du Réc. Gén. des Lois et des Arrêts", Paris, 1899, p. 21 und 26.

35) Cass. fr. vom 9. März 1863, DP. 1863, 1, 176.

mag[36]). Umgekehrt brauchen das Recht und seine Durchsetzbarkeit nicht gleichzeitig unterzugehen. Man denke nur an die Regel: „Quae temporalia sunt ad agendum, perpetuna sunt ad exigendum" (z. B. § 853 BGB.).

Endlich zeugen die Gestaltungsklagen noch von der hier im Hinblick auf das französische Recht, besonders unterstrichenen Verschiedenheit.

2. Abschnitt:

Einem allgemeinen Recht auf Schadensvergütung läßt sich ein allgemeines Recht auf Schadensverhütung gegenüberstellen.

Unserer These, der UKL. müsse auch bei bloßer Drohung mit einem rechtswidrigen Eingriff stattgegeben werden, wird man sofort folgenden Einwand entgegenhalten: Die über die §§ 12, 862, 1004 BGB. hinausgehende UKL., die sogenannte quasi negatoria actio, sei doch nur eine analoge Weiterbildung der Klagen aus jenen Paragraphen. Dort aber werde ausdrücklich ein erstmaliger rechtswidriger Eingriff verlangt, und deshalb könne man sich über dies Erfordernis auch bei der actio quasi negatoria nicht hinwegsetzen. Umsoweniger als sie durch die quasinegatorische Unterlassungsklage geschützten Rechtsgüter, wie z. B. der eingerichtete Gewerbebetrieb, der Kredit und sogar die Ehre, (juristisch) doch nicht so erheblich wertvoller erscheinen als das durch die actio negatoria geschützte Eigentum.

Diesen Einwand werden wir im 4. Abschnitt des II. Teiles entkräften.

Wir wollten auf dieses Bedenken nur jetzt schon hinweisen, damit unsere weiteren Ausführungen nicht von vornherein, im Hinblick auf diesen sicher sehr starken Einwand gegen unsere These abgelehnt werden.

Gleichzeitig streiften wir aber damit bereits einen grundsätzlichen Fehler, der, wohl unbewußt begangen, die richtige Erkenntnis der Rechtseinrichtung „vorbeugende UKL." beeinträchtigt hat.

Man hätte nämlich nicht von „actio quasi negatoria" reden sollen, als der Schutz, den die §§ 862, 1004 u. s. w. BGB. dem Besitz und dem Eigentum gewährten, jetzt auch auf viele Rechtsgüter ausgedehnt wurde.

Denn dadurch, daß man jene lateinische Bezeichnung gebraucht, wurde man verführt, dem Ausdruck actio quasi negatoria, ja der vorbeugenden Unterlassungsklage überhaupt, auch einen römisch-rechtlichen Inhalt beizulegen: Man blickt auch heute nur auf die Unterlassungsklage, auf die actio quasi negatoria, aber das Wichtigere, das dieser Klage notwendig doch[37]) zugrunde liegende materielle Recht auf Unterlassung übergeht man mit Stillschweigen oder nimmt es doch nicht näher in Augenschein. Und weiter verführt der römische Ausdruck dazu, wie in Rom für die Gewährung der actio negatoria, auch heute für die Anerkennung eines Rechts auf Unter-

36) z. B., wenn das vom Kläger erlangte Versäumnisurteil rechtskräftig geworden ist, sogar endgültig.

37) Es gibt heute kein „Reich der Aktionen" mehr (siehe oben), das Primäre ist das materielle Recht. Ohne ein solches besteht keine Klagebefugnis. Allerdings wissen wir, daß das letzte besonders für die Gestaltungsklagen recht zweifelhaft sein kann.

lassung das Vorliegen eines erstmaligen rechtswidrigen Eingriffs zu fordern [38]).

Nicht die zivilprozessuale Klagebefugnis muß in erster Linie geprüft werden, sondern zunächst das materielle Recht auf Unterlassung.

Man kann nun das materielle Recht im allgemeinen — und ebenso auch nicht das Recht, vorbeugend die Unterlassung eines rechtswidrigen Eingriffs zu verlangen, richtig erkennen, wenn man nicht die Stellung des betreffenden materiellen Rechts im Reich der materiellen Rechte überhaupt feststellt.

So kann man z. B. kein einziges der verschiedenen Rechte aus einem Vertrage erkennen, ohne den Vertrag, das ist die Quelle, dem diese verschiedenen Rechte entfließen, selbst zu kennen.

Welches ist nun die Stellung des vorbeugenden Unterlassungsrechts im Reiche der materiellen Rechte? Ist es ein Ausfluß des allgemeinen objektiven Rechts oder ist es eine selbständige Abteilung des bürgerlichen Rechts, eine Einzelerscheinung, ohne Anlehnung an andere Rechtseinrichtungen und ohne Verbindung zu ihnen?

Eltzbacher [39]) neigt wohl eher dazu, die Rechtseinrichtung der UKL. als von „anderen Mitteln vorbeugenden Rechtsschutzes" [39]) unabhängig anzusehen (doch hat er sich mit der Frage, in der Schärfe, wie wir sie stellen, auch nicht beschäftigt). In seinen Untersuchungen über — gewisse — [40]) Beziehungen zwischen der UKL. und den anderen Mitteln vorbeugenden Rechtsschutzes zeigt er lediglich ihre Abgrenzungen auf, hebt das Trennende hervor. Andererseits hat er aber auch nicht in Abrede gestellt, daß verbindende Elemente zwischen ihnen vorhanden sein könnten. Im Gegenteil muß er sich dieses Verbindenden doch gerade besonders stark bewußt gewesen sein, anderenfalls hätte er es nicht als nötig empfunden, die Abgrenzungen zu untersuchen.

Die „UKL." war für Eltzbacher so eigentlich das Hauptstück des vorbeugenden Rechtsschutzes, daß seine Untersuchungen schließlich in der Forderung nach ihrer Erweiterung zu einer „allgemeinen vorbeugenden Klage" gipfeln. Dagegen hat er nicht den Versuch gemacht, ein allgemeines System des vorbeugenden Rechtsschutzes, in dem alle vorbeugenden Rechtsschutzmittel ihren Platz haben, zur Anerkennung zu bringen.

Ein solches allgemeines Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz ist bis heute noch nirgends anerkannt worden, weder in der Rechtslehre [41]) noch in einem Gesetz. Es gibt und gab nur in allen Ländern, zu allen Zeiten und

---

38) Vgl. Lewald, a.a.O. p. 69 und 70. „Il (das Reichsgericht) n'aurait pas dû dénommer sa nouvelle création „actio quasi négatoire". En effet, si elle n'était pas considérée comme action créée par analogie à la negatoria actio, on n'exigerait pas avec tant d'intransigeance toutes les conditions requises pour l'intentement de celle-ci Nous visons à la nécessité d'une première atteinte illicite".

39) a.a.O. vgl. z. B. S. 250.

40) Der Schlußteil ist recht summarisch.

41) siehe jedoch Lewald, a.a.O. p. 73: „Les différents procédés et formes juridiques dans tous les droits sont l'exprpession de ce droit général: Le droit de chacun à des garanties pour la protection de ses biens contre des agressions futures. C'est la contre — partie du droit (tout aussi général) à la réparation d'un dommage (Code Civil art. 1382)".

allen zivilisierten Völkern viele einzelne rechtliche Möglichkeiten, künftigem rechtswidrigen Eingriff vorzubeugen:

„Vorbeugen ist besser als heilen" sagte man z. B. von altersher bei uns. „Melius est enim occurrere in tempore quam post exitum vindicare", sagt Justinians Codex [42]). Und bei den Talmudisten [43]) des jüdischen Mittelalters artete die Möglichkeit, von der Selbsthilfe bei drohenden rechtswidrigen Eingriffen Gebrauch zu machen, fast zu allgemeiner „Angeberei" aus.

Überall wo überhaupt eine Rechtsordnung, ja auch nur eine Gemeinschaft und mit ihr vorläufig [44]) eine Sittenordnung besteht, wird z. B. das Recht auf Notwehr anerkannt. Welcher wilde Negerstamm würde einen Stammesgenossen zur Rechenschaft ziehen, der einen anderen in Notwehr erschlug? „Ius gentium est, ut vim atque iniuriam propulsemus" [45]) und allgemeiner noch Ovid [46]) „Fraus est concessa repellere fraudem. Armaque in armatis sumere iura sinunt". Ähnliches gilt für den Notstand, dessen geschichtliche Entwickelung so eingehend und glänzend von P. Moriaud [47]) in dem bekannten Werke „Du délit nécessaire et de l'état de nécessité" 1889 klargelegt worden ist, daß wir uns mit dieser Verweisung begnügen wollen.

Wir vertreten die Ansicht, daß die Rechtseinrichtung der UKL. — ebenso wie alle anderen Rechtseinrichtungen, die bisher von dem Oberbegriff [48]) „Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes" umfaßt wurden — nur ein Teil, ein Ausfluß eines umfassenderen allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz ist.

Diesen Satz aufzustellen schien uns zunächst aus folgenden Erwägungen nötig:

Nach der Ansicht des Reichsgerichts [49]) liegt zwar der Unterlassungsklage aus den §§ 12, 862, 1004 ein subjektives Recht zugrunde, nicht aber der von ihm neu geschaffenen actio quasi negatoria. Lehmann [49]) hat klar herausgearbeitet, das wohl nach richtiger Auslegung der Reichsgerichtsrechtsprechung die Rechtsgüter und rechtlich geschützten Interessen nicht dadurch zu subjektiven Rechten würden, daß der Schutz der actio negatoria in analoger Rechtsbildung, auch auf sie ausgedehnt wird.

Wir haben nun oben (unter Teil II Abschnitt 1) gesehen, daß jeder Klage irgend ein materielles Recht zugrunde liegen muß, da sie ja nur als Mittel zur Durchsetzung eben eines materiellen Rechts denkbar ist. Wenn aber der actio quasi negatoria kein subjektives Recht zugrunde liegt, so bleibt die Frage offen, welches materielle Recht sie dann schützt.

---

42) Codex 1. 3. 27.
43) Harakin 16 A und 16 B und Babah Mezicha 31 A.
44) Vgl. z. Verhältnis von Recht, Sitte und Sittlichkeit z. B. Hans Fehr „Recht und Wirklichkeit" S. 56 f. 1927 Potsdam und Zürich.
45) Dig. 1. 1. 3; Cicero „Pro Mil." 4. 11.
46) Ars amandi, in Nissard Ovid 1876.
47) erschienen in Genf.
48) Bisher war es also nur ein Denkbegriff, keine Rechtseinrichtung.
49) Die reichsgerichtliche Ansicht ist hier die einzig wirklich belangreiche, denn auf diesem, von ihm selbst geschaffenen Rechtsgebiet hat die Rechtslehre, selbst Eltzbacher kaum, die Entwicklung nur wenig vorgetrieben. Im übrigen vgl. Lehmann, Allgemeiner Teil, 1928, S. 114.

Hierüber wird sich das Reichsgericht vermutlich wenig Gedanken gemacht haben. Es hat vielmehr sicher nur die praktische Notwendigkeit eines Schutzes bloßer Rechtsgüter und rechtlich geschützter Interessen gefühlt, und, um diesem Bedürfnis gerecht zu werden, konnte es sich begnügen, zu sagen, es bilde analog zur actio negatoria eine actio quasi negatoria aus. Diese neue Rechtseinrichtung der „vorbeugenden Unterlassungsklage", brauchte das Reichsgericht nicht, wie wir es tun müssen, zu zergliedern in ihren prozessualen und ihren materiellen Bestandteil. Der Hinweis auf die Rechtsähnlichkeit konnte ihm praktisch genügen.

Wir aber wollen wissen: Was ist in diesen beiden Rechtseinrichtungen analog?

Sicherlich nicht der prozessuale Bestandteil, denn prozeßrechtlich unterscheiden sich die actio negatoria und die actio quasi negatoria garnicht.

Rechtsähnlich kann also nur die materiellrechtliche Seite beider Rechtseinrichtungen sein.

Von der Ähnlichkeit zweier Dinge kann man aber nur dann sprechen, wenn diese Dinge eigentlich verschieden sind.

Worin unterscheidet sich dann also der materielle Bestandteil der actio negatoria von dem der actio quasi negatoria? Wir wissen nur, negativ, daß dieser Bestandteil bei der actio quasi negatoria kein subjektives Recht zu sein braucht im Gegensatz zu den Klagen aus §§ 12, 862, 1004, und auch aus den §§ 550, 557, S. 2, 581 BGB. Ein allgemeines subjektives Recht auf Unterlassung, das Eltzbacher in seinem Werke (a.a.O.) zur Anerkennung bringen wollte, ist ja verworfen worden.

Um nun für die actio quasi negatoria überhaupt ein materielles Recht, dessen Mittel der Durchsetzung sie ist, zugrunde legen zu können [50]), haben wir zu der Hypothese von dem Bestehen eines umfassenderen allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz gegriffen, aus dem sowohl die actio negatoria wie die actio quasi negatoria (hier im Sinne von materieller Rechtseinrichtung, nicht von „actio" gebraucht) fließt.

Indessen sind wir uns darüber klar, daß diese Erwägungen allein die Einführung der Rechtseinrichtung des allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz nicht tragen können, denn, wenn es sich lediglich darum handelte, irgendein materielles Recht zu entdecken, das der Klage auf Unterlassung zugrunde liegt, so könnte man ebenso gut auch Hypothesen von dem Bestehen irgend welcher anderer materiellen Rechte für diesen Fall aufstellen.

Welches sind die besonderen Gründe, aus denen wir gerade das Bestehen eines allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz behaupten?

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß man, seit Eltzbacher jedenfalls von einem „Oberbegriff" für Unterlassungsklage, Notwehr, u. s. w. spricht, vom „System des vorbeugenden Rechtsschutzes". Streng genommen hat man unter „Oberbegriff" nichts anderes als eine nur gedankliche Zusammenfassung von Unterbegriffen zu verstehen.

---

50) Weil, wie wir sahen, jeder Klage irgendein materielles Recht zugrundeliegen muß.

Doch kann „Oberbegriff" auch mehr sein, nämlich eine Bezeichnung, eine Benennung für eine Gemeinsamkeit. Den einzelnen Formen des vorbeugenden Rechtsschutzes ist schon das Ziel, die Verhinderung künftigen Schadens, gemeinsam. Doch vermag dieser Hinweis auf den gemeinsamen Zweck die Annahme noch nicht allein zu rechtfertigen, daß zur Erreichung des einheitlichen Ziels auch eine einheitliche Rechtseinrichtung vorhanden sei.

Ausschlaggebend dafür ist vielmehr die Erwägung, daß der vorbeugende Rechtsschutz in gewisser Weise das Spiegelbild des wieder gutmachenden Rechtsschutzes ist: Beide richten sich dagegen, daß ein rechtswidriger Eingriff Schaden stifte oder endgültig stifte, — hier indem man ihm zuvorkommt, indem man die Zukunft gestaltet, dort indem man ihn heilt, indem man die Vergangenheit bereinigt.

Verschieden ist nur die Zeit, in welcher beide Schadeneinebnungsmittel wirken [51]).

Nun ist in jeder der von uns zu behandelnden Rechtsordnungen anerkannt, daß es ein allgemeines umfassendes Recht auf Schadenswiedergutmachung gibt: ausdrücklich im Code Civil art. 1382, aber auch im BGB., das ja nur Schadensersatzverpflichtungen für bestimmte unerlaubte Handlungen anzuerkennen scheint. Das geht aus der Denkschrift zum E. III des BGB. (100) hervor, in der es heißt:

„Das BGB. erkennt nicht, — wie die Römer — eine Schadensersatzpflicht nur für bestimmte unerlaubte Handlungen an, sondern regelt die Voraussetzung der Haftung aus solchen Handlungen auf allgemeiner Grundlage. — Andererseits begnügt es sich nicht mit der Aufstellung des zu unbestimmten Grundsatzes . . . . 1382 Code Civil . . . .".

Ebenso wie dieses allgemeine Recht auf Schadensvergütung endlich den engen römischen Rahmen gesprengt hat, wird auch heute das allgemeine Recht auf Schadensverhinderung anerkannt werden müssen.

Nicht nur allein, weil das einer begriffslogischen Symmetrie (unser Satz vom Spiegelbild) entspräche, sondern weil die ganze Tendenz unserer heutigen Zeit immer mehr in diese Richtung weist:

Die Rechtsordnung ist ein System von menschlichen Vereinbarungen, die die Rechtsgenossen getroffen haben, um in der Weise leben zu können, die ihnen in ihrer Gesamtheit als die richtigste erscheint [52]).

Jede Rechtseinrichtung entsteht aus dem praktischen Bedürfnis nach ihr, sie entsteht, wenn dies Bedürfnis stärker geworden ist, als die entgegenstehenden Bedenken [53]).

---

51) Daß und wie weit der erste drohende Schaden dem bereits eingetretenen Schaden gleichzustellen ist, werden wir im Teil III nachweisen.

52) Diese Begriffsbestimmung des Rechts erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Vgl. über die Unmöglichkeit, das Recht überhaupt zu definieren. Max Ernst Mayer, Rechtsphilosophie, 1926, S. 53.

53) Wir folgen hier vor allem Cruet, „La vie du droit", Paris 1908. Vgl. die französische Theorie des „acquis social", besonders auch: Dicey, „Introduction of the study of the law of the Constitution", 1915, Abschnitt „Lection on the relations beween law and public opinion. Nach ihm können Rechte „stillschweigend" entstehen, wenn die allgemeine Meinung sie nur mit genügender Eindringlichkeit fordert. Siehe auch Zwiedineck-Suedenhorst, Allg. Volkswirtschaftslehre, S. 222 oben. (Beispiel für das kanonische Recht).

Und zunächst von den Bedenken gegen die Anerkennung eines allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz.

Das allgemeine Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz ist gefährlich, denn seine Anerkennung ohne Einschränkung würde jede menschliche Initiative töten. Zunächst die Initiative des bedrohten Berechtigten, der nicht mehr außerjuristisch, lebensmäßig dem Schaden zu begegnen trachten würde, sondern versucht wäre, allzu schnell sein Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz, das ja in irgend einer Form durchsetzbar sein muß, geltend zu machen. Vor allem aber auch die Initiative desjenigen, dessen Handlung möglicherweise zu einem rechtswidrigen Eingriff werden könnte.

Die menschliche Initiative ist schon von anderer Seite her juristisch stark behindert, durch die langsam immer mehr anerkannte Haftung ohne Verschulden in Fällen, in denen ein rechtswidriger Eingriff begangen ist. Würden auch die Rechte, die der Abwehr erst künftigen Schaden dienen, durch die Anerkennung eines umfassenden Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz noch verstärkt werden, so würde das formal-juristisch und im Sinn der reinen Gerechtigkeit sicherlich begrüßenswert sein. Diesem Ideal soll man aber nicht die Handlungsfreude, den Unternehmungsgeist, das ist die Quelle aller menschlichen Reichtümer, opfern.

Dies Bedenken läßt sich indessen ausräumen. Denn es ist dasselbe Bedenken, das auch stets gegen die Erweiterung der einen Form des allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz, gegen die UKL., geltend gemacht worden ist[54]). Man braucht das allgemeine Recht nur grundsätzlich anzuerkennen, um die einzelnen Formen, in denen es zum Ausdruck kommt, besser zu verstehen — im übrigen aber kann man es den Einschränkungen[55]) unterwerfen, die eine maßvolle Handhabung der neuen Rechtseinrichtung gebietet.

Man kann der Annahme eines allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz auch nicht vorwerfen, sie sei, wenngleich nicht unvorstellbar, so doch durchaus überflüssig, — die Erkenntnis der bloß gedanklichen Zusammengehörigkeit aller Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes, zusammengehörig wegen des ihnen gemeinsamen Ziels der Schadensverhinderung, genüge vollauf. Denn gerade das deutsche Recht ist einmal in die Lage gekommen, aus diesem allgemeinen Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz zu schöpfen; als es die Form des „übergesetzlichen Notstandes" schuf, weil der Notstand dem drängenden praktischen Bedürfnisse nicht mehr ausreichte.

Der Mangel eines allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz hat dazu geführt, daß sich dies drängende praktische Bedürfnis andere, unglückliche, Auswege gesucht hat.

Wir wiesen schon darauf hin, wie wenig bezeichnend der Begriff „actio quasi negatoria" ist. Es ist auch hervorgehoben worden, daß durch die Einführung des Begriffs „actio quasi negatoria" der Unterschied zwischen ab-

---

54) Vgl. Lewald, a.a.O. S. 71.

55) Was die Form der UKL. anlangt, so wissen wir, daß man sie beliebig einengen kann, indem man besonders hohe Anforderungen an die Größe der Wahrscheinlichkeit der Wiederholungsgefahr stellt.

soluten Rechten und nur rechtlich geschützte Interessen verwischt zu werden drohte [56]).

Man ist noch weiter gegangen: Da es kein allgemeines Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz gab, sondern ausdrücklich vor allem [57]) nur die actio negatoria, welche absolute Rechte schützte, half man sich damit, neue absolute Rechte zu erfinden, um sie dann als solche mit einer UKL. schützen zu können. Der erste Versuch in dieser Richtung schlug fehl, denn Gierkes [58]) und Kohlers [59]) allgemeines Persönlichkeitsrecht ist abgelehnt worden. Heute haben wir dem Gelingen eines weiteren Versuchs beigewohnt: Das Rechtsgut der Ehre ist durch die nationalsozialistische Revolution zum absoluten Recht erhoben worden [60]).

„Frei erfunden" [61]) war weiter auch z. B. der Anspruch auf Anerkennung gegen den Beklagten, der nach Degenkolb [62]) die materiell-rechtliche Seite der Rechtseinrichtung der Feststellungsklage bilden sollte (siehe auch Teil III).

Die Anerkennung eines allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz liegt aber vor allem deshalb auf der rechtspolitischen Linie des neudeutschen Rechts, weil heute betont wird, daß das Vermögen des einzelnen Rechtsgenossen in überaus starker Weise an die Interessen der Gesamtheit gebunden ist. Dieser Gedanke liegt dem sogenannten „Grundsatz der Werterhaltung" [63]) zugrunde, und der Grundsatz der Werterhaltung führt zu der Erkenntnis, daß die W i e d e r g u t m a c h u n g einer Wertvernichtung allein unzulänglich ist. Denn nur vom „zu engen" Standpunkt des Einzelnen aus, nur für ihn, wird der Schaden wieder gutgemacht. Für die Gesamtheit der Volksgenossen bleibt es bei der Vernichtung eines Wertes, der, dem Einzelnen vom Volke anvertraut und garantiert, der Volksgesamtheit soweit wie möglich erhalten bleiben soll. Um für die Gesamtheit den Wert erhalten zu können, muß der Einzelne schon vorbeugend seiner Vernichtung oder Beeinträchtigung begegnen können [64]).

---

56) Vgl. Lehmann, „Unterlassungspflicht", 1906 S. 62 ff. und derselbe, Allgemeiner Teil des BGB. 1928, S. 66/67; vgl. auch Jsay, Das Recht am Unternehmen 1910, S. 59 ff.

57) Die anderen Formen, wie Notwehr und Notstand z. B. sind mitunter nicht verwendbar, weil ihre Voraussetzungen nicht vorliegen.

58) Gierke, „Deutsches Privatrecht", I S. 903.

59) Kohler, Arch. f. Bürgerl. Recht, 7, 94 ff.

60) Müller-Eisert, in JW. 1934, S. 408 Anm. RGU. vom 23. 10. 1933 unten; die Erhebung der Ehre zum abs. Recht ist indessen aus anderen Gründen völlig gerechtfertigt. Vgl. auch ders. in JW. 1933, 1400.

61) Juncker, „Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts", 3. Aufl. 1928, 20.

62) Heinrich Degenkolb, „Einlassungszwang und Urteilsnorm. Zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen, Leipzig 1877, 165 f., auch S. 142, 175.

63) Heinrich Lange, „Die Vertragstreue", i. Deutsches Recht vom 25. 11. 1934 Nr. 22.

64) Auf derselben rechtspolitsichen Linie, liegt auch die Idee des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, vom 14. Juli 1933 (vgl. JW. 1935, 3 ff.); vgl. auch die Ausführungen von Hans Dölle, in „Das Bürgerliche Recht im nationalsozialistischen Staat" Schmollers Jahrb. 57. Jahrgg. II. Halbbd. 1933, S. 651:

„Daher muß auch der Ausgangspunkt nicht mehr sein (das Wohl des

Wir haben zunächst das allgemeine Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz und das allgemeine Recht auf Schadenswiedergutmachung in einen Gegensatz gebracht. Doch wissen wir, daß die Rechtsordnung eine Einheit ist, und daß daher ihre Teile nicht wesenhaft verschieden sein werden. Darauf werden wir im III. Teil näher eingehen. Nur zur Erkenntnis und zur Anerkennung des neuen Gebiets des allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz war es nötig, vorerst beide Teile gegeneinander auszuspielen.

Auch wenn man, wie wir es bildhaft taten, das allgemeine Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz als das Spiegelbild des allgemeinen Rechts auf Schadensvergütung auffaßt, so müssen wir doch gleich feststellen, daß dies Spiegelbild nicht ein in den Proportionen gleiches, sondern ein vergrößertes Spiegelbild ist. Das ergibt sich aus der Natur der Sache.

Ist bereits ein Schaden entstanden, so ist der Kreis derjenigen, die „in Anspruch" genommen werden können, verhältnismäßig eng begrenzt. Schädiger ist nur eine Person oder einige bestimmte Personen. Der Kreis derjenigen Personen, die nur wahrscheinlicherweise einen rechtswidrigen Eingriff vornehmen werden, ist dagegen notwendigerweise viel größer.

Deshalb genügt es, für die Einebnung bereits eingetretenen Schadens nur einen subjektiv privatrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz zur Verfügung zu stellen.

Die Mittel, die indessen der Abwehr erst drohenden Schadens dienen, sind weitaus mannigfacher.

Auch im Gebiet des vorbeugenden Rechtsschutzes ist das Mittel der Schadensbekämpfung, das die Rechtsordnung als subjektiv-privatrechtlichen Anspruch zur Verfügung stellt, anzutreffen. Z. B. der Eigentumsfreiheitsanspruch des §1004 BGB. Doch schon die actio quasi negatoria ließ sich „materiell-rechtlich" nur erklären, wenn man in ihr einen unmittelbaren Ausdruck des allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz sah. Dieses allgemeine Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz bringt jedes Gut, an dem innerhalb einer Rechtsordnung eine Berechtigung besteht, in eine juristische Lage[65]), die es dem Berechtigten gestattet, irgend wie sein Gut vor künftigen widerrechtlichen Eingriffen zu bewahren.

Dies „irgendwie" kann weiter unter Umständen auch ein — heiß umstrittener — öffentlichrechtlicher Anspruch sein, z. B. auf Einschreiten der Sicherheitspolizei. Wir werden bei der Untersuchung des französischen und englischen Rechtszustandes übrigens finden, daß in diesen Ländern das Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz überhaupt ganz vorwiegend verwaltungsrechtliche Züge trägt, selbst wenn dies Recht in einem zivilprozessualen Verfahren durchgefochten wird.

Einzelnen), die Interessenlage zwischen den einzelnen Beteiligten, sondern das Verhältnis, in dem die zu gewinnende Lösung der Streitfrage zu den Interessen unseres Volkstums steht".

Ähnlich, N. N. Alexeiew, Le droit naturel" in Archivs de Philosophie de droit et de sociologie juridique, Nos. 1—2, 1934, Paris.

65) Vgl. Alexeiew, a.a.O. Wir bezeichnen als juristische Lage Alexeiews „bilateral-naturrechtliche letzte Urbeziehung zwischen Angehörigen einer Rechtsordnung".

Indessen sind nur die juristischen Mittel verschieden, welche zur Abwehr künftiger rechtswidriger Eingriffe in den einzelnen Ländern zur Verfügung stehen. Nicht so sehr die Wirksamkeit dieser Mittel.

Gleichügltig, ob ich mich in Berlin, Brüssel, Paris oder London befinde, überall genießt mein Vermögen ungefähr den gleichen Schutz gegen drohende Gefahren. Das werden wir noch eingehend zeigen.

Wir neigen nun zu der Annahme, daß jene scheinbar juristisch so verschiedenen Mittel (— in England Verwaltungsmaßnahmen in Deutschland u. a. ein subjektiv-privatrechtlicher Anspruch, z. B. —) im Grunde nur Sonderausgestaltungen eines einheitlichen umfassenden, allgemeinen, ja überstaatlichen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz sind.

Dieser Annahme stehen freilich unüberwindliche Bedenken entgegen, so daß sich ein sicherer Beweis nicht führen läßt. Wissen wir doch, daß das Recht eine besonders hohe Steigerung der jeweiligen nationalen, und jedem Volke eigenartigen Anschauungen ist, ja ein Niederschlag des Volksgeistes, „la fleur de luxe" einer Nation.

Wir könnten vielleicht behaupten, ein allgemeines Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz bestehe als Naturrecht. Doch fürchten wir, Max Ernst Mayer [66]) möge Recht haben und der Begriff „Naturrecht" sei einem Behälter zu vergleichen, in dem jede Zeit und jeder Autor diejenigen Normen zu konservieren hoffen, die ihnen besonders wichtig erschienen.

Auch nach dem vagen Begriff „ius gentium" mögen wir nicht greifen.

Man wird uns vielmehr die Tatsache, daß Deutschland, Belgien, Frankreich und England gleich wirksamen Schutz gegen drohende Gefahren gewähren, damit erklären, daß es sich hierbei um eine bloße Parallelerscheinung in diesen vier Ländern handele. Das ist durchaus möglich. Diese Erklärung ist nicht von der Hand zu weisen.

Doch wollen wir noch folgende Punkte in Erwägung ziehen:

Denken wir einmal an das Eigentumsrecht, — ebenfalls eine Rechtseinrichtung, die in diesen vier Ländern ungefähr gleich ausgestaltet ist. Überschreite ich z. B. mit der mir gehörigen Sache die deutsch-belgische Grenze, so wird mein Eigentumsrecht [67]) diesseits der Grenze vom deutschen Volke, jenseits der Grenze vom belgischen Verfassungsartikel 11 garantiert. Hat deshalb das Eigentumsrecht an sich gewechselt, weil es einen anderen „Beschützer" erhalten hat? Dem Juristen erscheint das durchaus möglich, aber denkt der gewöhnliche Rechtsgenosse daran, daß seine Beziehung zu der „ihm gehörigen Sache" nach dem Grenzübertritt eine andere geworden sei?

Nichtsdestoweniger können wir für das Eigentumsrecht nicht vertreten, es sei überstaatlich, denn es ist eine Rechtseinrichtung, mit der sich der Gesetzgeber auf das Eingehendste in den verschiedenen Ländern beschäftigt hat [68]), dem damit die Möglichkeit genommen ist, allgemein und umfassend zu sein. Vor allem aber würde eine solche Behauptung schon durch den Hinweis widerlegt werden, daß er in der Tat nach Überschreitung der

---

66) Max Ernst Mayer, „Rechtsphilosophie" Berl. 1926, 22.

67) Von den Regeln des J. P. R. einmal abgesehen!

68) Bei der Ausgestaltung des Eigentums spielen ja auch mannigfache politische und philosophische Erwägungen eine große Rolle.

deutsch-belgischen Grenze meine Beziehung zu der mir gehörigen Sache eine derartig andere werden kann, daß sie nicht mehr Eigentum zu nennen ist, z. B. wenn ich Sachen mit mir führe, deren Besitz und Eigentum in dem einen Lande erlaubt, in dem anderen verboten sind [69]).

Bei dem allgemeinen Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz würde es aber insofern anders liegen, als sich die Gesetzgeber der vier Länder nur verhältnismäßig wenig mit ihm und seinen einzelnen Formen beschäftigt haben. Wir wiesen darauf hin, daß das Gesetz der Entwicklung dieser Rechtseinrichtung lediglich das praktische Bedürfnis war, — daß sich die Verschiedenheit der Volksseelen auf diesem „utilitaristischen" Gebiet recht wenig äußert, ebenso wenig wie auf handelsrechtlichem Gebiet, und daß zum Wesen jeder Rechtsordnung zu gehören scheint (Notwehr!), Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes zu enthalten. Wir können uns auch keinerlei Grund denken, der den Gesetzgeber eines Staates veranlassen könnte, solche Mittel anzuerkennen, während der Gesetzgeber eines anderen Staates solche oder ähnliche Mittel verböte.

Wären wir in der Lage anzunehmen, daß die verschiedenen Formen des vorbeugenden Rechtsschutzes in allen vier Ländern nur ein Ausfluß eines allgemeinen und umfassenden Rechts sind, so könnten wir die jeweiligen Einzelausgestaltungen unbedenklicher zur Nachahmung empfehlen, als wenn wir lediglich auf die gedankliche Zusammengehörigkeit aller Formen vorbeugenden Rechtsschutzes in diesen Staaten hinzuweisen vermöchten. Wir denken vor allem an die in England bestehende Möglichkeit [70]), die der deutschen UKL. entsprechende Maßnahme zu ergreifen, ohne daß bereits ein erstmaliger rechtswidriger Eingriff vorgelegen hat.

Immerhin stehen und fallen unsere Ausführungen nicht mit der Anerkennung eines allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz, das nicht nur für Deutschland allgemein ist, sondern auch für die Rechte der anderen Länder, die wir untersuchen. Wir begnügen uns mit einer bloßen Anregung, da auch die Rechtsvergleichung juristischer Parallelerscheinungen unserer These genügend förderlich ist.

III. TEIL.

Die wahre Natur der vorbeugenden Unterlassungsklage und ihre Stellung im System des vorbeugenden Rechtsschutzes.

Wir haben bisher versucht, die vorbeugende Unterlassungsklage in ein besonderes System einzuordnen und haben dazu darauf hingewiesen, daß diese Rechtseinrichtung nicht für sich allein stehe, sondern im Zusammenhang mit den anderen Formen vorbeugenden Rechtsschutzes zu begreifen ist.

Wir haben das Bestehen eines allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz behauptet und haben dies Recht dem allgemeinen Recht auf Schadenswiedergutmachung gegenüber gestellt.

---

69) Man denke an Waffen, oder — heute — an die Einfuhr von Marknoten aus dem Ausland!

Doch betonten wir bereits, daß die Rechtsordnung eine Einheit ist, und daß daher jene Gegenüberstellung nur vorläufig erfolge, um unsere Behauptung zunächst vorstellbar zu machen.

In diesem III. Teil unserer Arbeit wollen wir nun daran gehen, die wahre Natur der vorbeugenden Unterlassungsklage und mit ihr des allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz zu ergründen. Erst dann können wir im IV. Teil auf die praktischen Ergebnisse unserer Untersuchungen eingehen, welche unsere These rechtfertigen sollen: daß der vorbeugenden Unterlassungsklage auch stattgegeben werden muß, ohne daß ein erstmaliger rechtswidriger Eingriff vorgelegen hat, also zur Abwehr „bloßer" Drohungen.

Unser Gedanke ist der, die „bloße" Drohung stelle bereits einen erstmaligen rechtswidrigen Eingriff dar. Die Unterlassungsklage sei niemals „vorbeugend", sondern habe zum Ziel, den durch jenen Eingriff s c h o n entstandenen Schaden wieder gutzumachen, sie müsse daher an keine anderen Voraussetzungen geknüpft werden, als die, welche bei jeder anderen Schadenserstzklage aus 249 BGB. erforderlich sind. (Von dem Verschulden abgesehen).

Um diesen Gedanken herausarbeiten zu können, ist es nötig, im folgenden Abschnitt die Grundlage unserer Erörterungen zu legen, von der aus sich diese Behauptungen beweisen lassen.

1. Abschnitt:

Die Grundlage unserer weiteren Erkenntnisse: Rechtsgegenstand und Recht an dem Gegenstand sind zwei verschiedene Rechtsgüter.

Eingangs hatten wir gezeigt, daß Recht und Klage verschieden sind. Jetzt werden wir sehen, daß auch Recht und Rechtsgegenstand nicht dasselbe sind.

Hier aber haben unsere Gegner sehr starke Gründe wider uns. Sie sollen selbst zu Worte kommen, weil der genaue Wortlaut der gegnerischen Ansicht unsere Widerlegung erleichtern wird.

So schreibt Husserl [71]):

„Es ist nun aber nicht so, daß jetzt im gleichen Sozialbereich zwei Arten von werthaften Gegenständen da sind; Dinge, die, indem sie begehrt und wertgehalten werden, Gutsqualität besitzen . . . . und andere . . . . die der Rechtsordnung ihre Existenz verdanken. Die außerrechtliche Sozialwirklichkeit und die Welt der Rechte stehen nicht unverbunden neben einander. Es handelt sich um ein Durch- und Ineinander, wobei diese auf jener sich aufbaut und an ihr weiterbaut . . . . Der Rechtsgegenstand kann nichts andères sein, als das Gut selber. Das Existentwerden des Rechtsgegenstandes erster Ordnung hat den Bestand an Gütern weder vermehrt noch vermindert. Der

---

70) Actio quia timet.

71) Dr. Gerhard Husserl, „Der Rechtsgegenstand", Rechtslogische Studien, Berlin 1935, S. 152, 153.

jeweils zu Dasein gelangte Güterbestand ist auf eine neue Wertstufe (in die Rechtswelt)gehoben worden. Dem Recht bedeutet das „Ding" Eigentum. Wir legen den Accent auf die rechtsregionale Zugehörigkeit des Rechtsgegenstandes, wir unterstreichen sein Rechtsein. Wenn wir von „Eigentum" sprechen, steht für den Betrachter die Wertseite im Vordergrund, so wird er das einer Zuordnung im Modus der Rechtszugehörigkeit fähige Etwas unbefangen als Ding, als Sache bezeichnen. Die Ausdrücke: Rechtsgegenstand erster Ordnung, Eigentum, Sache meinen ein Identisches. Wer vom „Rechtsgegenstand" spricht, sieht im Gegenstand seiner Aussage das „Etwas möglicher Zuordnungen". Das Wort „Eigentum" charakterisiert den Aussagegegenstand als den konkreten Rechtswert, der für den Rechtsgenossen als eigen da ist während der Ausdruck „Sache" die vorrechtlich dinghafte Wertgrundlage des Relationsobjektes in den Vordergrund treten läßt. Indem wir das Eigentum dem zur rechtlichen Eigenwertigkeit gelangten Ding gleichstellen, kommen wir zu einer rechtslogischen Verselbigung von Rechtsgegenstand erster Ordnung und res corpuralis."

Und weiter schreibt Husserl [72]):

„Das Gut erster Ordnung, das Sachgut, indem es die Dignität einer Sache im Rechtssinne erlangt, die Eigentum bedeutet, hat seine vorrechtliche Werthaftigkeit nicht eingebüßt. Die Sache ist keine weltfremde, d. h. der sozialen Wirklichkeit durch einen Akt der Vindikation für die Rechtsregion entfremdete und damit der außerrechtlichen Wertung entzogene Größe. Das Recht erfindet auch keine Sachen. Es findet werthafte Dinge vor, die sich dann im Raum des Rechts als Eigentum abbilden, und für das Recht res corporales sind. Wir begegnen hier auf der Gegenstandsseite dem gleichen Vorgang, der auf der Personenseite in Erscheinung tritt, indem eine Qualifikation der dem Recht vorgehenden Person zur Rechtsperson stattfindet" [73]).

Husserl führt schließlich noch aus, Rudolph Sohm habe „überzeugend nachgewiesen", daß Eigentum und Sache dasselbe seien, weil „jede Verfügung über das Eigentum eine Verfügung über die Sache" sei. Das Recht stehe „nicht neben" der Sache, das Eigentum sei nichts anderes als die Relation zwischen Rechtssubjekt und Sache . . . .

Diese Ansichten glauben wir nicht teilen zu können. Zunächst sei klar gestellt, daß, wenn wir von meinem „Eigentum" sprechen, oder das Wort meine „Sache" gebrauchen, wir immer in Wirklichkeit sagen sollten: „Die mir gehörige Sache".

Es ist nun richtig, daß „die Welt der Sozialwirklichkeit" und die „Welt des Rechts" „nicht unverbunden nebeneinander stehen". Gibt es doch kein Eigentum ohne eine Sache auf die es sich bezieht. „Nicht unverbunden" ist aber dasselbe wie „verbunden". Verbinden kann man aber nur etwas an sich Getrenntes. Es gibt auch keinen Ehemann ohne eine Ehefrau, beide bilden das Ehepaar, (s. „die mir gehörige Sache"). Beide sind in diesem Begriff auf das Engste miteinander verbunden. Trotzdem sind Ehemann und Ehefrau doch nicht dasselbe!

---

72) Husserl, a.a.O. S. 156.
73) Der Sperrdruck von uns.

Weiter ist es nicht ganz unrichtig, wenn Husserl im Eigentum eine abstrakte Rechtsbeziehung sieht. Aber das Eigentum ist nicht lediglich eine Rechtsbeziehung. Es ist, um der mannigfachen Vorteile willen, die es gewährt, dabei auch ein besonderer, von der Sache als Teil der reinen Körperwelt verschiedener wirtschaftlicher Wert, ein besonderes Vermögensstück. Das kommt sogar schon bei den von uns zu bekämpfenden Ausführungen Husserl's zum Ausdruck. Spricht er doch von „neuer Wertstufe", von „Qualifikation", von „Dignität", die die Sache in der Rechtssphäre erlangt. Diese Dignität z. B. ist ein neuer Wert. Ebenso wie beispielsweise ein Mensch seinen Adel (. . . Dignität) oder (geistliche) Würden (gegen Geld) verkauft haben mag, ohne daß er sich deshalb hätte selbst verkaufen müssen! Auch der Adel kann ja nicht ohne einen Träger bestehen, aber der Mensch, der ihn trägt, ist doch von dieser „Dignität" durchaus verschieden. Beide bilden auch nicht etwa eine neue Einheit; „der adlige Mensch" (s. „die mir gehörige Sache"), sondern (wie die Möglichkeit beweist, den Adel getrennt zu verkaufen) [74]), ist der Adel ein Wert, der von dem des Menschen als solchen verschieden ist.

So muß auch eine herrenlose Sache auf einem staatenlosen Gebiet, an der ein Staatenloser die „unbeschränkteste tatsächliche Gewalt" haben mag, doch für ihn einen geringeren Wert haben, als für jemand anderen, der sie unter äußerlich gleichen Bedingungen innerhalb einer Rechtsordnung zu Eigen besäße [75]). Der Schutz, den die Hülle der Rechtsordnung verleiht, steigert den Wert der Sache. Nur innerhalb einer Rechtsordnung gibt es ein Recht am Gegenstand des Rechts (Sache), und dieses Recht ist ein Ausschnitt der Rechtsordnung, ein Zipfel dieser über die Gegenstände der nicht rechtlichen Welt geworfenen Hülle. Das Recht am Rechtsobjekt ist selbst ein vermögenswertes Gut.

Wird nämlich der über dem Rechtsobjekt liegende Zipfel der Rechtsordnung weggezogen, so kann das für den Betroffenen dieselbe Wirkung haben, wie wenn die Sache selbst vernichtet worden wäre. Macht es doch keinen Unterschied, ob jemand meinen Geldschein verbrennt, oder ob er mein Eigentumsrecht („nur") dadurch illusorisch macht, daß er es bestreitet und es sich (z. B. mittels gekaufter Zeugen) dann „anschwört". Im letzten Fall blieb die Banknote — im ersteren (Verbrennen) mein Recht an ihr (an sich) unversehrt. Die mir gehörige Sache kann mir also auf zwei verschiedene Weisen entzogen werden — aus meinem Vermögen gebracht werden. Und diese beiden Möglichkeiten beweisen, daß die „mir gehörige Sache" zwei verschiedene Angriffsflächen bieten muß, daß sie aus zwei Elementen besteht: aus dem Gut als solchen und dem Recht daran [76]).

---

74) Natürlich in früherer Zeit.

75) Die Vorteile aufzuzählen ist wohl überflüssig.

76) Gegen die Auffassung des Eigentums als bloße Relation: Es ist vielleicht nicht ohne Interesse, daß im französischen Recht jede Beziehung zwischen Sache und Berechtigtem geleugnet wird. Es gäbe nur zwischen den Rechtsgenossen Beziehungen und so wird z. B. das „ius in re" als „obligation universelle" angesehen.

2. Abschnitt:

Das Verhältnis von Unterlassungsklage und Feststellungsklage von dieser Grundlage auch betrachtet.

Sind wir nun zu dem Ergebnis gelangt, daß Recht und Gegenstand, an dem ein Recht bestehen kann, als zwei verschiedene Güter im Vermögen des Berechtigten vorhanden sind, so werden wir von dieser Grundlage aus das Verhältnis von Unterlassungsklage und Feststellungsklage, wie überhaupt die wahre Natur der Unterlassungsklage und ihre Stellung im System des vorbeugenden Rechtsschutzes, ja die Stellung und Bedeutung des ganzen vorbeugenden Rechtsschutzes im System des Rechts besser begreifen.

Vorerst dürfen wir noch von der rechtshistorischen Seite her unseren Erkenntnissen näher zu kommen versuchen.

Erstes Kapitel:

Die frühere fehlerhafte Einreihung der Unterlassungsklagen in die Klasse der Feststellungslage ist bezeichnend für die Zusammengehörigkeit beider Rechtseinrichtungen.

Man weiß, daß der zivilprozessuale Streit, ob die UKL. eine Leistungsklage oder eine Art Feststellungsklage sei, längst ausgetragen ist. Denn § 890 ZPO. sieht ja die Möglichkeit vor, ein Unterlassungsurteil zu vollstrecken. Die Vollstreckbarkeit ist aber das Kriterium der Leistungsklagen. Mithin mußten die Versuche, die UKL. als Feststellungsklage aufzufassen, scheitern [77]).

Die Verfechter der Gegenmeinung, Wach [78]) und Hölder [79]) vermochten demgegenüber eigentlich nur darauf hinzuweisen, daß die Strafe nach § 890 ZPO. nicht an den Vollstreckungsgläubiger, sondern an den Staat fällt.

Indessen ist das ja kein durchgreifendes Argument, denn dadurch, daß überhaupt irgend eine Vollstreckung vorgesehen ist, erhält die UKL. den Charakter einer Leistungsklage. Es ist unerheblich, daß ein Unterlassungsurteil in dieser besonderen Weise vollstreckt wird.

Man kann auch nicht etwa annehmen, Wach und Hölder hätten unter „Feststellungsklage" etwas anderes verstanden, als es üblicherweise in Deutschland geschieht: nichts spricht dafür, daß sie etwa der Auffassung huldigten, Feststelllungsurteile könnten auch vollstreckbar sein! Das scheint allerdings Maynard [80]) zu tun. Doch ist der Fall, an den er denkt, nur für das französische Recht von Interesse, und auch dort mutet uns seine Ansicht zumindesten recht eigenartig an.(Es handelt sich um die Verwerfung einer „Action en nullité d' un contrat". Die Folge, daß der Vertrag nunerfüllt werden muß nennt Maynard Vollstreckung des Urteils!)

---

77) Eltzbacher, a.a.O. S. 196/97.

78) „Der Feststellungsanspruch", ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch in der Festgabe für Windscheid, Leipz. 1888.

79) Arch. f. d. Ziv. Pr. Bd. 93, S. 34 ff.

Standen somit Wach und Hölder auf einem gänzlich verlorenen Posten, so war es nicht unwichtig, daß sie sich bemüht haben, diesen Posten zu halten, denn ihre Ansicht bedeutet doch im Großen gesehen nur den Versuch, Unterlassungsklage und Feststellungsklage einander anzunähern.

Auch wir behaupten eine enge Verwandtschaft von UKL. und Feststellungsklage, sowohl nach der materiellen wie nach der prozessualen Seite hin.

Es ist nicht einzusehen, weshalb Eltzbacher der Rechtseinrichtung der Feststellungsklage den Charakter eines vorbeugenden Rechtsschutzmittels abspricht [81]). Gibt doch das Feststellungsurteil eine Gewähr dafür, daß der zu Unrecht Bestreitende bei einem neuen Prozeß — (etwa auf Schadensersatz) — unterliegen wird. Durch diese, nicht nur ideale, Kraft des Feststellungsurteils ist der Verurteilte in gewisser Weise, auch ohne eigentliche Zwangsvollstreckung, gezwungen, ein neues Bestreiten zu unterlassen. Von diesem Standpunkt aus darf man sagen, der obsiegende Kläger werde einer „Leistung" teilhaftig.

Degenkolb [82]) war seinerzeit auf dem richtigen Wege als er nachzuweisen versuchte, der Feststellungs k l a g e (als zivilprozessuales Mittel) liege ein materieller „Anspruch auf Sicherung durch Urteil" und auf „Anerkennung durch den Kläger" zugrunde. Denn darin liegt die Erkenntnis, daß die Feststellungsklage nicht nur eine bloße „Konstatierung" zum Ziel hat. Davon werden wir im Folgenden handeln.

Dieser „Anspruch auf Sicherung durch das Urteil und auch Anerkennung durch den Beklagten" war allerdings „frei erfunden" [83]). Der Feststellungs k l a g e liegt materiell das allgemeine Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz in einer besonderen Ausegstaltung zugrunde, für die es bisher keinen Namen gibt. (Man kann natürlich von einem „materiellen Feststellungsanspruch" reden, doch wäre das nur ein Austauschen von Worten.)

Wo steht nun die Rechtseinrichtung der Feststellungsklage im System des Rechts?

Z w e i t e s K a p i t e l :

Die Feststellungsklage als Leistungsklage auf Wiedergutmachung.

Wir sahen, daß der Versuch mißlingen mußte, die Unterlassungsklage als Feststellungsklage aufzufassen, daß aber andererseits darin schon zum Ausdruck kam, daß beide Rechtseinrichtungen zueinander gehören.

Diese Zusammengehörigkeit sehen wir darin, daß wir die Feststellungsklage genau wie die UKL. als Leistungsklage auffassen.

Um Mißverständnisse vorzubeugen, wollen wir gleich sagen, daß es auch Feststellungsurteile gibt, in denen lediglich etwas „konstatiert" wird, z. B. das (auch in anderer Hinsicht wichtige) Urteil des Reichsgerichts vom 27. Februar 1934 [84]), in dem die rechtliche Natur eines unstreitig bestehenden Vertrages k l a r g e s t e l l t wird.

---

80) „Les jugements déclaratoires, thèse Lyon 1922 Une nouvelle forme d' activité judiciaire. La justive préventive", S. 120 f.

81) a.a.O. S. 222 („scheinbare Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes").

Daneben gibt es aber vor allem Feststellungsurteile, bei denen die Feststellung nicht nur eine Klarstellung ist, sondern bei denen „Feststellung" am besten durch „Festsetzung" wiederzugeben wäre [85]). Diese Feststellungsurteile haben wir hier im Auge.

Wir vertreten die Ansicht, daß diese Feststellungsurteile das — etwa durch Bestreiten — erschütterte, ja verletzte Recht wieder befestigen: Wir werden jetzt zeigen, daß ein solches Feststellungsurteil den Schaden heilt, den man in seinem Recht am Rechtsgegenstand erlitten hat und deshalb werden wir sie als Klagen auf Widergutmachung dieses Schadens im Recht begreifen.

Es wurde im ersten Abschnitt dieses Teils gezeigt, daß die „mir gehörige Sache" ein Begriff ist, der zwei Rechtsgüter umfaßt, die Sache und das Recht an ihr. Beide Rechtsgüter sind, weil verschieden, unabhängig voneinander verletzbar. Durch ein zu Unrecht Bestreiten wird das Rechtsgut verletzt, welches ich im Recht an der Sache habe. Um diese Verletzung im Recht an der Sache zu heilen, stellt mir die Rechtsordnung die Rechtseinrichtung der Feststellungsklage zur Verfügung, deren materielle rechtliche Seite Degenkolb „Anspruch auf Sicherung durch das Urteil und Anerkennung durch den Beklagten" nennen wollte, und die uns als besondere Ausgestaltung des allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz erscheint.

Diese „Reparatur" des Schadens im Recht verhindert naturgemäß weiteren Schaden: nämlich Schaden am Rechtsobjekt. Beispiel: Jemand bestreitet mir das Eigentum an meiner Sache und maßt es sich selbst an. Diese Anmaßung geht soweit, daß er sich ohne ein Feststellungsurteil, das mir Recht gibt, dazu hinreißen lassen würde, die Sache (als Gegenstand der Körperwelt) eigenmächtig umzugestalten und dadurch zu entwerten.

Die Feststellungsklage ist eine Schadensersatzklage — eine Klage auf Wiedergutmachung des Schadens im Recht — also eine Leistungsklage.

Sie ist daher in erster Linie nicht vorbeugend [86]). Sie ist es nur in zweiter Linie, nämlich insofern, als durch die Heilung des Schadens im Recht weiterer Schaden am Rechtsobjekt verhindert werden mag (siehe vorstehendes Beispiel). Ein Vergleich möge das noch verdeutlichen.

Wenn ich auf Wiederherstellung einer Fensterscheibe meines Hauses klage, die mir mein Nachbar eingeworfen hat, so ist das auch, sowohl eine Wiedergutmachungsklage (Reparatur des Fensters) wie gleichzeitig im gewissen Sinn eine vorbeugende Klage, nämlich insofern als jene Reparatur verhindert, daß Nachbars Katze durch das zerschlagene Fenster in mein Haus kommt und es verunreinigt. — Niemand würde aber die Klage auf

---

82) Heinrich Degenkolb, „Einlassungszwang und Urteilsnorm, — zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen". Leipzig 1877.

83) Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, S. 20, Tübingen 1928 von Juncker.

84) DJZ. 34, 583.

85) Wir werden im französischen Recht noch den feinen sprachlichen Unterschied erörtern, der in „fixation de droit" auf der einen und „déclaration de droit" auf der anderen Seite liegt.

86) Ebenso wenig wie die UKL. siehe folg.

Wiederherstellung des Fensters als vorbeugende Klage gegen künftigen Schaden, den die Katze wahrscheinlicherweise anrichten wird, bezeichnen. — Ebenso überwiegt auch durchaus der Charakter der Feststellungsklage als Klage auf Wiedergutmachung des Schadens im Recht gegenüber ihrer Bestimmung, gleichzeitig in zweiter Linie auch künftigen Schaden im Rechtsgegenstand zu verhindern.

Wir vermögen bei der Knappheit, mit der das Rosenbergsche Lehrbuch [87]) geschrieben ist, nicht mit Sicherheit zu sagen, ob wir uns für unsere Ansicht auf Rosenbergs Autorität berufen können. Es heißt bei ihm:

„Die §§ 257/59 ZPO. haben klargestellt, daß die Unterschiede zwischen Leistungs- und Feststellungsurteilen nicht, wie man früher vielfach meinte, darin bestehen, daß die Verurteilungsklagen den Rechtsschutz in einer Rechtsverletzung, die Feststellungsklagen in einer Rechtsgefährdung haben".

Wir wissen nicht, ob Rosenberg damit meint: Auch die Feststellungsklagen hätten ihren Rechtsschutzgrund in einer Rechtsverletzung . . . .

Drittes Kapitel:

Die „vorbeugende Unterlassungsklage" ist ebenfalls eine Klage auf Wiedergutmachung.

Der oft nachgesprochene Satz von der Einheit der Rechtsordnung gewinnt jetzt Leben. Die Rechtsordnung hat die überall mögliche Aufgabe, eingetretenen Schaden einzuebnen, — sei es Schaden am Rechtsgegenstand, sei es Schaden im Recht, das der Berechtigte daran hat. In diesem Sinne gibt es keinerlei vorbeugenden Rechtsschutz. Die Feststellungsklagen haben wir als Schadensersatzklagen erkannt, — die vorbeugende — UKL. ist gleichfalls wiederherstellend.

Der Beeinträchtigte wird eine Feststellungsklage erheben, wenn sein Recht durch Bestreiten verletzt ist. Er wird eine UKL. anstrengen, wenn die Verletzung n o c h ärger ist. Denn in der Tat ist die „bloße Drohung" mit künftigem Übel ein noch schwererer Eingriff in die Rechte des Betroffenen, als das bloße Bestreiten dieses Rechts.

Daß die Drohung mit künftigem Übel überhaupt ein gegenwärtiger Schade ist, ein gegenwärtiger Eingriff in das Recht, vermag wohl folgendes Beispiel zu verdeutlichen.

(Eine erregte Volksmenge zerschlägt die Ladeneinrichtung eines Kaufmanns, die dadurch wertlos wird. Genau so wertlos war die Ladeneinrichtung aber auch schon einige Augenblicke vor ihrer körperweltlichen Vernichtung, wie wohl sie äußerlich doch völlig heil war: Hätte doch dann bereits niemand mehr einen, auch noch so geringen Kaufpreis für sie bieten wollen. Durch die „bloße" Drohung mit körperweltlicher Vernichtung war das Recht des Kaufmanns an den ihm gehörigen Sachen verletzt und dadurch schon waren diese Sachen wertlos geworden. Fügen wir hinzu, daß er diese Verletzung im vorliegenden Falle im Wege der Notwehr hätte h e i l e n können.

87) Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozesses, S. 231.

(Der Notwehr liegt genau wie der UKL. materiell ein Recht auf Unterlasssung, oder jedenfalls das allgemeine Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz zugrunde. Nur ist bei der Notwehr das Mittel, dieses materielle Recht durchzusetzen, nicht die zivilprozessuale Klagebefugnis, sondern die Selbsthilfebefugnis).

Schwerer ist der Eingriff in das Recht bei der Drohung mit künftigem Übel deshalb, weil sich der Drohende, im Gegensatz zum Bestreitenden, gar nicht „auf eine Diskussion über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens" einlassen will.

Die UKL. mit der Vollstreckungsmöglichkeit des auf sie hin ergehenden Urteils ist das radikalere Heilmittel. Der Verschiedenheit in der Stärke der zugefügten Unbill [88]) entspricht die verschiedene Schneidigkeit von UKL. und Feststellungsklage.

Die UKL. steht in der Mitte zwischen Feststellungsklage und der Klage auf Ersatz des Schadens, den man am Rechtsgegenstand erlitten hat (der Klage aus § 249 BGB.). Die Verbindung zur Feststellungsklage haben wir soeben erkannt. Die Verbindung zur Klage aus § 249 BGB. besteht darin, daß wiederum von einem gewissen Grade ab die Drohung mit einem künftigen rechtswidrigen Eingriff in den Rechtsgegenstand nicht mehr bloß ein Schaden im Recht am Rechtsgegenstand ist, sondern schon einen gegenwärtigen rechtswidrigen Eingriff in das Rechtsobjekt selbst, darstellt [89]). (Oder daß sich doch der mit Sicherheit zu erwartende Schade so deutlich in der Zukunft abzeichnet, daß schon heute auf Ersatz des zukünftigen Schadens geklagt werden kann.)

Bemerken müssen wir noch, daß auch Oertmann [90]) nur eine „restituierende UKL." kennt. Doch bedeutet das für ihn, daß zur Durchsetzung einer actio quasi negatoria Verschulden nötig sei, während wir umgekehrt darin einen Fingerzeig sehen, bei a l l e n Schadensersatzklagen aus Delikt das Verursachungsprinzip mehr zu betonen — eine rechtspolitische Folgerung, mit der wir uns noch weiter unten (S. 30 f. der Arbeit) beschäftigen werden.

Viertes Kapitel:

Einiges zum prozessualen Verhältnis von UKL. und Feststellungsklage.

Der engen Verwandtschaft beider Rechtseinrichtungen werden wir vor allem im englischen und französischen Rechte begegnen. — Wir werden sehen, daß in England ein auf die Erlangung einer „injunction" gerichtetes Verfahren (Die Injunktion entspricht unserem Unterlassungsurteil) mit einer "declaration only" endigen kann.

Ist das auch in Deutschland möglich?

---

88) Das ist: die verschieden starke Verletzung im Recht an der Sache.

89) Hierauf beruht die Vermischung von „Prévention" und „Restitution" im franz. Recht, worauf wir noch eingehen werden.

90) Oertmann, „Unterlassungsklagen aus unerlaubten Handlungen" in DJZ. 1904, 616 ff.

Vorausgeschickt sei, daß, soweit wir sehen, kein einziger Fall jemals dahin entschieden worden ist, daß die UKL. abgewiesen, aber der in ihr etwa enthaltenen Feststellungsklage stattgegeben wurde [91]).

Begrifflich müßte es indessen wohl solche Fälle geben, denn die Feststellungsklage soll ein Minus gegenüber der UKL. sein [92]).

Der Fall müßte so liegen, daß die Wiederholungsgefahr des ersten rechtswidrigen Eingriffs (bzw. gemäß der hier vertretenen Ansicht die Wahrscheinlichkeit des wirklichen Eintritts des drohenden Übels) nicht groß genug ist, um eine Verurteilung zur Unterlassung zu rechtfertigen, — daß aber gleichwohl noch ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung gemäß § 256 ZPO. anerkannt werden muß.

Solch ein „Fall" wird wohl höchst selten praktisch werden. Es handelt sich wohl eher um eine bloße Spekulation, um eine ausgesuchte Spitzfindigkeit. Immerhin haben wir einen solchen Fall gebildet, weil sich an ihm doch die wurzelhafte Zusammengehörigkeit und begriffliche Verpflechtung beider Rechtseinrichtungen zeigt:

A klagt gegen B, der eine Servitut zu haben vorgibt, auf Unterlassung des weiteren Betretens seines Grundstücks und zwar mit gutem Grund. B. stirbt im Laufe des Prozesses und dieser geht nun gegen B's Sohn und Erben weiter. Auch B's Sohn hat geäußert, ihm stünde eine Servitut zu, auf Grund derer er zum Betreten des Grundstückes berechtigt sei. Er ist aber wegen seines Leidens zeitlebens an sein Haus gefesselt und es steht fest, daß er nie in die Lage kommen wird, jemals seinen Fuß auf des Klägers Grundstück zu setzen. Aus tatsächlichen Gründen soll auch die Ausübung der Servitut durch andere etwa nicht in Frage kommen. — Die Wiederholungsgefahr wäre also im Laufe des Prozesses weggefallen, mithin kann der UKL. als solcher nicht stattgegeben werden. Dennoch darf die Klage nicht schlechthin abgewiesen werden, wenn wir aus anderen tatsächlichen Gründen annehmen, daß ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung des Nicht-Bestehens der Servitut besteht, etwa weil der Sohn B's u. U. sonst sein Recht aus § 1024 BGB. geltend machen könnte. Es müßte dann vielmehr ein Feststellungsurteil ergehen.

Vielleicht vermag auch diese Erörterung einer prozessualen Frage dazu dienen, UKL. und Feststellungsklage als zusammengehörig in Erscheinung treten zu lassen.

---

91) Auch der umgekehrte Fall, daß eine Feststellungsklage mit der Begründung abgewiesen worden wäre, der Kläger habe kein rechtliches Interesse als alsbaldiger Feststellung, weil er ja eine UKL. anstrengen könne, ist nicht bekannt worden.

IV. TEIL:

Bisherige Ergebnisse.

Erstes Kapitel:

Das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchungen beweist unsere im ersten Teil aufgestellte These.

Wir haben erkannt daß die UKL. eine Schadensersatzklage ist.

Wir fanden sie mit der Feststellungsklage eng verwandt.

Wir wiesen darauf hin, daß UKL. und Notwehr den gleichen materiellrechtlichen Bestandteil haben (das Recht auf Unterlassung), daß nur die Mittel der Durchsetzung dieses Rechtes verschiedene sind (hie Klage, hie Selbsthilfe). Daß überhaupt alle Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes nur Ausflüsse eines allgemeinen umfassenden Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz sind.

Im ganzen Gebiet des vorbeugenden Rechtsschutzes finden wir, daß das Erfordernis eines erstmaligen rechtswidrigen Eingriffes nur bei der vorbeugenden UKL. aufgestellt wird, aus dem römischen Recht (actio negatoria) mitgeschleppt, während alle anderen Mittel, vorbeugenden Rechtsschutzes, die rein germanisch-rechtliche Bildungen sind, jenes Erfordernis nicht kennen. Bei der Feststellungsklage wäre das unvorstellbar und „dans la légitime défense, il n'est point nécessaire d'encaisser un premier coup pour pouvoir parer le second" [93]).

Faßt man, wie es im dritten Teil geschah, die „vorbeugende" UKL. über das Spiegelbild der Schadensersatzklage auf, so können wir im Spiegelbild nicht finden wollen, was die gespiegelte Rechtseinrichtung nicht enthält.

Faßt man, wie es im dritten Teil geschah, die „vorbeugende UKL. überhaupt als wiedergutmachende Schadensersatzklage auf, so darf man das Erfordernis des erstmaligen rechtswidrigen Eingriffs, das § 249 BGB. nicht kennt, noch weniger fordern.

Man wird uns erwidern, wir setzten uns zu sehr über das Gesetz hinweg: Wir brächten die UKL. mit dem § 249 BGB. in Verbindung, um von dem Erfordernis des ersten rechtswidrigen Eingriffs absehen zu können, — wir lehnten uns an die §§ 12, 862, 1004 BGB. an, um es mit einer Schadensersatzklage ohne Verschulden zu tun zu haben, — also um die UKL. möglichst noch zu erweitern, was zu einer Überschwemmung der Gerichte mit diesen Klagen führen müßte.

Daß die UKL. eine Klage auf Schadensersatz ist, haben wir gezeigt. Gefährlich könnte für uns nur das Argument sein, daß die §§ 12, 862 u. s. w. den ersten rechtswidrigen Eingriff fordern. Man könnte sagen, die Ehre, der Kredit und die anderen Rechtsgüter und rechtlich geschützten Interessen, die die actio quasi negatoria schützen soll, seien doch nicht so viel wertvoller als Besitz oder Eigentum — ihr Schutz könne deshalb nicht stärker sein. Dies Bedenken können wir ausräumen:

---

92) Freudenthal, Handkomm. der ZPO. 1926 Anm. 1 zu § 256 und JW. 04, 296 unten — und „Recht" 07, 319, Nr. 623.

93) Lewald, a.a.O. S. 68.

Auch für Eigentum und Besitz u. s. w. bedarf es keines erstmaligen rechtswidrigen Eingriffs in den Rechtsgegenstand! Andererseits halten wir uns insofern an das Gesetz, als wir wiederum in der „bloßen" Drohung bereits einen erstmaligen rechtswidrigen Eingriff sahen, allerdings „nur" [94]) in das Recht am Rechtsgegenstand. So gesehen, besteht die „Wiederholungsgefahr", die das Gesetz ebenfalls fordert, in der Verwirkung der Drohung, d. h. in der Gefahr des Eingriffs in den Rechtsgegenstand selbst [95]).

Endlich ist überhaupt jeglichem Weiterausbau der UKL. stets mit dem Argument begegnet worden, die Gerichte würden mit UKL. überschwemmt werden. Diese Befürchtung ist nie eingetreten [96]).

Auf die praktischen Erwägungen, die ein Absehen von einem erstmaligen rechtswidrigen Eingriff, und was dasselbe ist, von einem erstmaligen Eingriff überhaupt rechtfertigen, wurde schon hingewiesen. Unsere These erklärt und rechtfertigt die reichsgerichtliche Rechtssprechung (s. Teil I).

Zweites Kapitel:

Weiterer rechtspolitischer Ausblick.

Unsere Arbeit will betrachtend erkennen.

Daher ist es vielleicht nicht überflüssig, noch kurz einen rechtspolitischen Ausblick zu tun.

Wir sahen, daß die vorbeugende UKL. eine Schadensersatzklage ist. Daß sie aber kein Verschulden erfordert. Wir wissen, daß sie eine besonders reine Schöpfung des germanischen Rechtsgeistes ist, eine Rechtseinrichtung, die ganz allmählich und nur wenig von gesetzlichen Fesseln und dem römischen Ausdruck actio quasi negatoria beengt, praeter legem entstand. Darin scheint uns ein Hinweis (wenn auch kein Beweis) darauf zu liegen, daß nicht das sogenannte Verschuldensprinzip, sondern das Verursachungsprinzip das dem germanisch deutschen Rechte angemessenste, dem Volke wesensverwandteste ist.

„Das deutsche Rechtsempfinden verlangt Schadensersatz schon auf Grund bloßer Schädigung", sagt Schreuer [97]).

„Wenn ein Wahnsinniger, ein Kind, ein Hund Schaden zufügt — warum soll gerade der Beschädigte, der doch erst recht unschuldig ist, den Schaden tragen".

---

94) Es sei bemerkt, daß „die Gefahr der Wiederholung" nicht die Gefahr der Wiederholung genau desselben Eingriffs bedeutet. Ein ähnlicher Eingriff genügt: Der Eingriff in das Recht ist dem Eingriff in den Rechtsgegenstand wegen gleicher Wirkung (eventueller Verlust der mir gehörigen Sache) zweifelsohne sehr ähnlich.

95) Lewald, a.a.O. S. 71.

96) Wir widersprechen uns nicht: Wenn wir „absehen" wollen von dem Erfordernis des erstmaligen rechtswidrigen Eingriffs, so meinen wir den erstmaligen Eingriff im herkömmlichen Sinne, nämlich den Eingriff in den Rechtsgegenstand. — Der Eingriff in das Recht am Rechtsgegenstand ist natürlich erforderlich.

Die vorbeugende Unterlassungsklage ist eine deliktische Klage ohne Verschulden.

Ist sie das aber, so geht Eltzbacher [98]) zu weit, wenn er überhaupt eine UKL. allgemeiner Art fordert für alle Fälle, in denen „die Unterlassung eines verbotenen Tuns" befürchtet wird. Denn das heißt nichts anderes, als vorbeugenden Rechtsschutz auch gegen drohende Vertragsverletzungen gewähren, also Vertragsverletzungen, entgegen der überwiegenden Meinung, einem Delikte gleichstellen [99]).

V. TEIL:

Vorbeugender Rechtsschutz in England durch die Injunktion.

Das englische Recht ist für uns nicht nur deshalb von besonderem Interesse, weil in ihm der germanische Rechtsgeist sehr rein zum Ausdruck gekommen ist, sondern besonders auch darum, weil dort der vorbeugende Rechtsschutz völlig ungehindert von gesetzlichen oder typisch „juristischen" Bedenken ausgebildet werden konnte [100]).

Erster Abschnitt:

Über ihr Wesen und von den hier belangreichen Arten.

Das hauptsächlichste Mittel, durch das in England das allgemeine Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz durchgesetzt wird, ist die sogenannte „injunction" (vom lateinischen iniungere). Sie ist ein gerichtlicher Befehl

---

97) „Deutsches Privatrecht" 1921, S. 256. Bei Schreuer findet sich fast alles, was über diese von uns absichtlich nur gestreifte Frage zu sagen wäre.

98) a.a.O. S. 265.

99) So allerdings Schreuer, a.a.O. S. 255 und 275; Wie er heute auch Dölle, „Vom alten zum neuen Schuldrecht" in DJZ. 1934, S. 1016 f., bes. S. 1023 und Lange, unter gleichem Titel, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934 S. 24 ff., 67, 68, 83 ff. — Es ist nicht möglich, sich zur Stützung der Schreuer-Dölle'schen Ansicht auf Art. 1382 Code Civil zu berufen. Der Text dieses Artikels ist allerdings so weit, daß er auch Vertragsverletzungen umfaßt, sein Anwendungsbereich ist aber bewußt auf „quasi-délits" beschränkt worden: Req. 21 — 1 — 1890, DP. 91, 1, 380. Für Schreuer und Dölle allerdings ein Außenseiter, van Ryn, „Responsabilité aquilienne et délits", Brüssel, 1933.

Hinzufügen wollen wir hierschon, daß auch in Frankreich die der deutschen UKL. entsprechenden „astreintes" nicht gegenüber Vertragsverletzungen zulässig sind, — berühmte Streitfrage, auf die wir im französischen Teil eingehen.

100) Vgl. Lewald, a.a.O. S. 67: Le manque quasi total de troute codification rend ce droit plus souple que les droits continentaux et plus flexible sous les exigences spéciales dictées par l'équité dans chaque cas particulier". Dazu Lord Birkenhead in „Introduction to the adventures of Ralph Rashleigh, 1929, p. 9. Das englische Recht sei: "The pattern of justice throughout the world".

an den Beklagten, den der Kläger in einem besonderen für die injunction (inj.) vorgesehenen Verfahren erwirkt, und der entweder das Gebot enthält, etwas zu tun oder das Verbot, eine bestimmte Handlung vorzunehmen — vorausgesetzt, daß es sich nicht um die Verhinderung eines (reinen) (s. u. S. 37 ff. d. Arbeit) „crime" handelt [101]). Im ersteren Falle spricht man von einer „mandatory injunction", im letzteren von einer „restrictive inj.".

Wir betrachten die inj. nur als Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes, aber es muß gleich gesagt werden, daß diese Rechtseinrichtung ebenso wohl zur Schadenswiedergutmachung benutzt wird; wie überhaupt die Abgrenzung von Schadensvergütung und Schadensvergütung und die Trennung etwa von „injunction" und „damages" den Engländern fast unüberwindliche Schwierigkeiten zu machen scheint [102]).

Wir befassen uns auch nur mit der „final inj.", da die sogenannte „interlocutory inj.", welche annähernd den Zweck einer deutschen einstweiligen Verfügung verfolgt, keine für uns beachtenswerte Einzelheiten aufweist. — Auch das im höchsten Grade eigenartige Verfahren zur Erlangung einer inj., für das sich die Engländer vor allem interessieren, ist nicht geeignet, mit seinen Einzelheiten unsere Erkenntnis des vorbeugenden Rechtsschutzes zu fördern.

Nach obiger Begriffsbestimmung läßt sich eigentlich kein wesentlicher Unterschied sehen zwischen einem deutschen Unterlassungsurteil und einer englischen restrictive injunction. Beide Male erlangt der „Kläger" ein staatliches Verbot an den „Beklagten", eine unerlaubte Handlung vorzunehmen.

Beide Rechtseinrichtungen sind aber in ihrer theoretischen Grundlegung durchaus verschieden:

Das deutsche, der UKL. zugrunde liegende materielle Recht ist ein privates Recht. Bei der „actio negatoria" ein subjektiv privatrechtlicher Anspruch. Bei der „actio quasi negatoria" etwas „rechtsähnliches" [103]). (Nach unserer Auffassung ein unmittelbares Zutagetreten des allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz in privatrechtlicher Form).

Dagegen setzt die englische injunction — um welche injunction es sich auch immer handeln mag — keinerlei, irgendwie geartete privatrechtliche Beziehungen zwischen den Parteien voraus [104]). Es gibt auch nicht einmal eine, römische, „actio" „auf" injunction. (S. 8 ff. der Arbeit).

Die injunction ist vielmehr eine Einrichtung der „freiwilligen Gerichtsbarkeit". Der Ausspruch einer injunction ist eine Zweckmäßigkeitsmaßnahme des Gerichts: "Can be granted" ist der stehende Ausdruck. Diese Erkenntnis, die wir nebenbei in keinem einzigen

---

101) v. Laws of England by the Lord of Lasbury 1911 vol. 17 p. 197 ff. und vol. 27. — Ebenso Gérard, „Les torts ou délits civils en droit anglais" thèse Rennes 1910 p. 383 Begriffsbestimmung der inj. nach Law Dictionary by Mozley and Whiteleys, 5 th ed. 1930 London.

102) Laws of England, a.a.O., vol. 27 p. 490/91.

103) RG. 60, 6.

104) Abgesehen davon, daß die Engländer überhaupt den Anspruchsbegriff gar nicht kennen. v. Levy-Ullmann, „Le systèms juridique de l' Angleterre 1931.

englischen Werk so scharf ausgesprochen finden, und welche nur ein Ergebnis der Betrachtung des englischen Rechts mit Augen eines kontinentalen Juristen sein kann, wird dadurch außerordentlich erschwert, daß sich diese verwaltend-fürsorgliche Tätigkeit des Gerichts in einem, wenn auch besonders gestalteten, Zivil-Prozeß verfahren abspielt. Es ist aber kein ordentliches Klageverfahren. Der sogenannte "plaintiff" ist hier nicht wirklich Kläger, sondern gibt nur eine Anregung an das Gericht, welche dessen Tätigwerden auslöst. Die Gewährung der injunction hängt ausschließlich vom richterlichen Ermessen ab. Hinsichtlich des Verfahrens zu ihrer Erlangung steht die injunction also weniger einer UKL. als einer deutschen einstweiligen Verfügung nahe [105]). Daß diese Auffassung der injunction als nicht privatrechtlich keine doktrinäre Tüftelei ist, mag schon jetzt ein Hinweis auf die „Vollstreckung" der injunction zeigen.

Es gibt nämlich gar keine — zivilprozessuale — Zwangsvollstreckung für ein Urteil, das eine injunction ausspricht. Trotzdem nähert sich die injunction in diesem Punkte nicht etwa den Feststellungsklagen. Es gibt sogar eine sehr scharfe Sanktion bei Zuwiderhandlungen gegen die Injunction: Gefängnis und Geldstrafe. Jede Zuwiderhandlung gegen eine Injunction wird in England als "comtempt of court" angesehen, das ist ein richtiger kriminneller Straftatbestand [106]).

Die mandatory inj. ist auch ihrem Inhalt nach von der deutschen UKL. verschieden. Hier spricht das Gericht einen Befehl aus, eine positive Handlung vorzunehmen, damit der Eintritt künftigen Schadens verhindert werde. Sie mag mit der Rechtseinrichtung, die wir „quasi negatorische Beseitigungsklage" nennen, verglichen werden. Sie geht aber viel weiter als diese. Denn die Beseitigungsklage, soweit sie nicht überhaupt nur schadensvergütend, sondern „quasi negatorisch" ist, dient der Verhinderung weiteren Schadens, der aus einem Eingriff noch entstehen kann. Die mandatory inj. dient dagegen schon der Verhinderung eines nochmaligen Eingriffs selbst [107]). Die mandatory inj. ist für uns eine eigenartige und neuartige Form vorbeugenden Rechtsschutzes. Sie würde — der Idee nach — sehr wohl in unser Rechtssystem passen. Sie entspricht der allgemeinen vorbeugenden Klage auf Vornahme einer positiven Handlung, deren Fehlen Eltzbacher [108]) bedauerte.

---

105) In Deutschland würde § 4 Abs. 2 des EGGVG. verhindern, daß der ganze vorbeugende Rechtsschutz etwa Verwaltungstätigkeit des Staates würde und dessen ungeachtet den ordentlichen Gerichten verbliebe.

106) Siehe über alles dieses Edward Jenks, „Digeste de droit anglais", Paris 1923, tome II. Ebenso Laws of England an vielen Stellen verstreut. Vgl. auch Kew, American Law Review 8, 1919, p. 164 ff.

107) Jene Verschiedenheiten und Gemeinsamkeiten näher aufzuhellen, könnte der reizvolle Gegenstand einer besonderen Arbeit sein.

108) a.a.O. S. 266. — Das französische Recht hat zur mandatory inj. viele Gegenstücke besonders in den „mesures destinées à empêcher un dommage. (s. u. S. 43 ff. der Arbeit).

Zweiter Abschnitt:

Praktische Handhabung der Injunction in dem Anwendungsgebiet der deutschen Unterlassungsklage.

Erstes Kapitel:

Im allgemeinen.

So verschieden Unterlassungsrecht und inj. auch in ihrer theoretischen Grundlegung sein mögen, so übereinstimmend sind in den meisten Fällen die Voraussetzungen für die Gewährung einer inj. und die für das Ergehen eines Unterlassungsurteils.

Die Gewährung der inj. hängt nämlich im allgemeinen ab von:

1. "the establishment of legal rights,"
2. "the fact of infringement,"
3. "that further infringement is threatened to a material extent" und auch "in reasonable time".

Seit der ersten Iudicature Act (1873) kann jedes Gut im Vermögen des Rechtsgenossen durch die inj. geschützt werden. Vorher nur „property" und „trade", aus bizarren, hier nicht belangreichen, zivilprozessualen Gründen. (Nicht desto weniger ist die Parallele zur festländischen Rechtsentwickelung wenigstens auffallend) [109].

Zweites Kapitel:

Die injunction als "Actio quia timet".

Während nach der herrschenden deutschen Auffassung die UKL. nur dann gewährt werden kann, wenn ein erstmaliger rechtswidriger Eingriff vorgelegen hat, und ein weiterer zu befürchten ist, wird in England für die Gewährung der inj. ein erstmaliger rechtswidriger Eingriff keineswegs notwendigerweise gefordert.

Auch wenn des "plaintiffs legal right" weder beeinflußt noch bestritten wird [110]) — für uns ist „beeinträchtigen" und „bestreiten" synonym, da wir

---

109) Auch heute finden wir die meisten Anwendungsfälle da, wo es sich um den Schutz von trade oder property handelt. — Prudential Ass. Co. v. Knott 10 Ch. 142.

110) Es muß aber eine „menace to a material extent" vorliegen. Dicker v. Popha Radford Co + Co (1890. 63. L. T. v. auch Thorley's Cattle Food Co v. Massam 14. Ch. D. 763. Vor allem Crowden v. Tinkler (1816) 19 Ves. 617. 622. — Ripon v. Hobert (1834) 3 my + K 169. Herz. v. Union Bank of London (1854) 24 L. T. 793. Weitere Fälle der actio quia timet in: Phillips v. Thomas (1896) 62 L. Z½ 793 A. G. v. manchester Corporation (1893) 2 Ch. 87. A. G. v. Rathmines and Pembroke Joint Hospital Board (1904). J. R. 161 — Fletcher v. Bealey (1855) 28 Ch. D. 688. Haines v. Taylor (1846) 10. Beav. 75. — Verfasser wurden von verwandter Seite in England einige Akten über die inj. zur Verfügung gestellt, — es war ihm aber nicht möglich, diese mit viel Nutzen zu lesen, weil das ganze Recht zu verschieden von dem festländischen ist. Verfasser war daher bezüglich der Literaturnachweise angewiesen auf Auskünfte seiner Verwandten und auf Zitate nach dritten Quellen, den "Laws of England" a.a.O. Jenks, Digeste . . . a.a.O. u. s. w.

jedes Bestreiten für einen Eingriff ansehen —, so kann die inj. doch schon gewährt werden, wenn der Kläger eine ganz besonders hohe Wahrscheinlichkeit für den Eintritt der zukünftigen Beeinträchtigung dartun kann.

"Where a tortious act has not been committed, but there is a threat to commit such an act, the court has juridiction to grant an injunction (but cannot award damages thereof)" [111]). Aber der Kläger muß "show a strong ase of probability that the apprehended mischief will in fact arise" [112]).

Sehr treffend wird die inj. in diesen Fällen als "a c t i o q u i a t i m e t" bezeichnet. Sie sind natürlich weit seltener als die Fälle der gewöhnlichen injunction. Denn hier fehlt es an der Vermutung für das Bestehen der Wahrscheinlichkeit künftigen Eingriffs, die sich sonst oftmals leicht aus der Tatsache des e r s t e n rechtswidrigen Eingriffs herleiten läßt.

Das Verfahren zur Erlangung der Injunction im Falle der actio qui timet weicht aber in keiner Weise von dem der Erlangung der gewöhnlichen inj. ab. Denn auch hier i s t es die gewöhnliche" inj., die gewährt wird [113]). Die der deutschen vorbeugenden UKL. im englischen Rechte entsprechende Form, die injunction, setzt eben keineswegs einen erstmaligen rechtswidrigen Eingriff voraus. Wenn es ein allgemeines Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz gibt, aus dem alle Formen vorbeugenden Rechtsschutzes in allen Staaten fließen, so ist die Rechtseinrichtung dieser actio quia timet für uns ein Hinweis darauf, daß auch die deutsche vorbeugende Unterlassungsklage gegen bloße Drohungen gewährt werden kann. Die englische injunction zeigte dann nur jenes allgemeine Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz in einem fortgeschrittneren Entwicklungsstadium als bei uns.

D r i t t e s K a p i t e l :

Injunction und Verhalten des Beklagten im Prozeß.

Die Gemeinsamkeiten mit dem deutschen Prozeßrecht sind hier besonders groß [114]).

Ebensowenig wie z. B. eine deutsche UKL. verworfen werden würde, weil der Beklagte im Prozeß seine Absicht bloß bestreitet, die unerlaubte Handlung künftig zu wiederholen, wird der englische Richter die Gewährung

---

111) Laws of England, "Tort" vol. 27 p. 490/91.

112) Vgl. Anmerkung S. 34 Nr. 110 Crowden v. Tinkler.

113) Vgl. auch: "If the defendant gives distinct notice of his intention (A. G. Forks (1836) 2 My + Cr. 123, 132) o r t h r e a t e n s (Potts c. Levy) (1854) 2 Drews 272/279. — Aidair v. Jong (1879) 12 Ch. D. 13 C. A. or intends (Hext v. Gill) (1872) 7 Ch. App. 699, 711. to commit an act which, if committed, would, in the opinion of the court, violate the plaintiffs legal right, an injunction will be granted". weiter: Laws of England vol. 27 p. 208 Nr. 462: "If the plaintiff's right to relief rests mainly on damage which has not been actually suffered, but is likely to accrue (erwachsen!) within a reasonable time, the court will take that fact into consideration and grant an injunction."

114) v. Sobernheim, „Das ungünstige Parteivorbringen als Urteilsgrundlage im Zivilprozeß", Berl. 1916; JW. 1935, 2724.

der injunction um solcher Verteidigung willen versagen [115]). Stellt aber der Beklagte außerdem noch eine ausreichende Sicherheit (v. römische cautio damni infecti!), so erscheint uns die Gewohnheit [116]) der englischen Gerichte, dann die inj. nicht zu gewähren auch durchaus verständlich.

Auf der anderen Seite kann auch eine ursprünglich unbegründete „Klage auf inj." durch das Verhalten des Beklagten im Prozeß begründet werden. Nicht nur in dem selbstverständlichen Fall, daß er vor Gericht Drohungen geeigneter Art ausstößt, sondern auch schon dann, wenn er sich nur ernsthaft ein Recht auf Vornahme des unerlaubten Eingriffs anmaßt und sich auf dieses Recht versteift ("when the defendant claims and insists upon his right") [117]).

Viertes Kapitel:

Einiges über die Stellung der Injunction zum "declaratory judgment".

Die Erkenntnis, daß die Feststellungsklage als ein minus in einer Leistungsklage enthalten ist, ist seit langem in Deutschland durchgedrungen [118]). Es ist aber sehr bemerkenswert, daß auch ein englisches auf die Erlangung einer inj. gerichtetes Verfahren mit einer bloßen Feststellung endigen kann, genau so wie wenn eine Feststellungsklage angestrengt worden wäre, und zwar dann, wenn die Wahrscheinlichkeit für die Wiederholung des erstmaligen rechtswidrigen Eingriffs oder die Wahrscheinlichkeit für die Vornahme dieses ersten Eingriffs selbst (im Falle der actio quia timet) nicht groß genug ist: "Where there seems to be no probability that the fact complained of will be repeated, the court will . . . . sometimes make a declaration only" [119]). Bemerkenswert deshalb, weil das Verfahren zur Erlangung einer inj. ja gar kein richtiges Klageverfahren ist (s. oben S. 31/32 der Arbeit).

Das zeigt nur wieder, daß es lediglich auf die Durchsetzung des allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz überhaupt in irgend einer Weise ankommt, und daß dabei die gerade in der einzelnen Rechtsordnung zur Verfügung stehende juristisch-technische Form eine recht untergeordnete Rolle spielt.

Seit dem berühmten Fall der Guarantee Trust & Co. v. Hannay [120]) werden in der englischen Praxis die Bitte um eine injunction und die Klage auf

---

115) Pots v. Levy, 2 Drews 272. 279. — Adair v. Jong (1879), 12 Ch. D. 13.

116) z. B. Hext v. Hill (1872) 7 Ch. App. 699, 711.

117) Philipps v. Thomas, a.a.O.

118) RG. in JW. 04, 296 unten und „Recht" 07, 319 Nr. 623.

119) Wilcox v. Steel (1904) 1 Ch. 212 C. A. Besonders auch: Evans v. Manchester etc. Railway (1887) 36 Ch. D. 626, wo in dem ganzen Rechtsstreit überhaupt keine Rede von einer Feststellung gewesen war und zur Überraschung des Klägers statt einer inj. ein Feststellungsurteil erging.

120) (1915) K. B. 536.

Feststellung stets im Klageantrag verbunden [121]), denn auf diese Weise wird die rechtliche Stellung des Klägers am besten gewahrt [122]).

Die enge Verwandtschaft von injunction [123]) und Feststellungsklage (als Formen vorbeugenden Rechtsschutzes) zeigt sich auch darin, daß in England oft noch eine inj. erlangt wird in Fällen, in denen wir nur auf Feststellung klagen könnten. Eine inj. ist gegenüber jeglichem Zu-Unrecht-Bestreiten gegeben, während in Deutschland eine UKL. nur dann angestrengt werden könnte, wenn in dem Bestreiten schon eine unerlaubte Handlung liegt, so wie in dem klassischen Beispiel des Codex Justinians (7, 14, 5): In dem Bestreiten der Eigenschaft Crescens' als ingenuus liegt notwendigerweise die — beleidigende — Behauptung, er sei ein Sklave [124]).

Das englische Recht aber sagt: "An injunction may be granted . . . . where the plaintiff's legal right is disputed" [125]). Diese Tatsache ist wichtig für die Erkenntnis des Wesens unserer Feststellungsklage. Denn wenn die inj. meist (von der actio quia timet abgesehen) einen (erstmaligen oder drohenden) widerrechtlichen Eingriff voraussetzt (infringement), die injunction aber andererseits schon bei „bloßem" Bestreiten gewährt wird, so dürfen wir daraus folgern, daß „bloßes Bestreiten", entsprechend unserer These, in England schon als widerrechtlicher Eingriff in die Rechte des andern angesehen wird, — die "actio quia timet" mithin eine der normalsten Formen der inj. ist.

Fünftes Kapitel:

Vorbildliche Lösung der Frage: "Injunction against crime?"

Merkwürdigerweise war auch in England die Frage: „UKL. bei öffentlicher Strafandrohung", zunächst streitig. Indessen nur aus hier ganz belanglosen verfahrenstechnischen Gründen bis zur ersten Iudicature Act (1873). Die Bedenken der deutschen Juristen zu dieser Frage sind den Engländern völlig unbekannt geblieben [126]). Auch im englischen Recht geht man zunächst davon aus, daß vorbeugender Rechtsschutz durch injunction (UKL.) zu ver-

121) (Vgl. Anmerkung 119). Zweifelsohne wird dadurch die Stellung des Klägers vorzüglich gesichert; juristisch erscheint es nur wunderlich, daß es möglich ist.

122) s. Anm. 121.

123) Und da die inj. der UKL. entspricht, mittelbar auch zwischen inj. und Feststellungsklage und UKL.

124) In Deutschland ist dagegen ja überhaupt die Feststellungsklage aus der „Lex si contendat" und den „praeiudicia de statu" (so wie aus dem germanischen Rechtsinstitut der actio provocatori mit dem silentium imponi) hervorgegangen!

125) Philipps v. Thomas, a.a.O.

126) Vgl. g e g e n die Zulässigkeit der UKL.: RGZ. 77, 218; 82, 60; und in JW. 1912, 587; JW. 1913, 35; sowie Flad, „Von der UKL. insbesond. im Gebiet der unerlaubten Handlungen", in Jherings J. 70, 337 (1921); d a f ü r : z. B. JW. 1927, 2422; RGZ. 124, 258; JW. 1932, 3609; Neukamp in JW. 1915, 118; Matthießen, Zur Entsch. in JW. 1927, 1997; besser auch die nachher wieder eingeschränkte Entscheidung in 116, 151 (RGZ.). Vgl. auch Finger, „Die UKL. gegenüber strafrechtlich verbotenen Handlungen in JW. 1919, 564. Rosenthal, „UKL., öffentliche Strafandrohung und Wiederholungsgefahr in

sagen ist, wenn es gilt, ein r e i n „kriminelles Delikt" zu verhindern. "It is c l e a r that equity does not interfere by injunction to restrain the commission of a crime" [127]).

Es gäbe aber — so sagt man [128]) — im englischen Recht genau wie bei uns, Handlungen, die s o w o h l ein "tort" [129]) sind w i e gleichzeitig eine kriminell strafbare Handlung. Vor allem (wie bei uns!) "libel" (üble Nachrede, Verleumdung) und "oral slander" (Verbalinjurie). Gegen solche Handlungen gäbe es neben der öffentlichen Strafe ganz selbstverständlicherweise auch die Injunction. Den Engländern sind unsere Bedenken (s. oben) überhaupt keinen Augenblick genommen.

JW. 1915, 299; ders. in LZ. 1918, 431; Rotering, „Schadensersatzverbindlichkeit und Strafe im Arch. f. Bürgerl. Recht 1909, Bd. 33, 65; Salinger, „Die UKL. nach der Rechtsprechung des RG." in Gruchots B. 64, 263. Vgl. weiterhin: Schmieding, „Gibt es eine UKL. für das Gebiet der unerlaubten Handlungen", Diss. Marburg 1929; Krückmann, Anm. zur Entscheidung in JW. 1921, 177: gegen Krückmann ist es wohl billigenswert, wenn das RG. eine UKL. gegenüber Raub und Mord und gegenüber dem Ehebruch (vgl. RG. 91, 268) verneint. Denn hier fehlt es einmal wirklich am Rechtsschutzbedürfnis. (siehe dazu Planck-Greiff, § 823, b IV, 2 und Siber, Schuldrecht, S. 475). Vgl. ferner: Dissertation Jena 1930 von Dr. Brose. „Die UKL. zur Abwehr künftiger rechtswidriger Eingriffe in die durch die §§ 823, 824 und 826 BGB. geschützten Rechtsgüter und rechtlich geschützten Interessen"; Arndt, „Der Schutz des Kredits gegen deliktische Eingriffe nach dem BGB.", Diss. Jena 1913; Fischer, „Die UKL.", Diss. Breslau 1911; Fuchs, „Die Verstümmelung der UKL.", in JW. 1925, S. 30 ff.; Geipel, „Die UKL." 1932; (Dieses Werk gibt nur eine abgeklärte Übersicht über die Rechtssprechung und herrschenden Meinungen. — Es werden aber keinerlei Ansichten darin vertreten.) Jacobsohn, „Die UKL." Berlin 1922; Neukamp, „Ist eine UKL. zwecks Abwehr drohender strafbarer Handlungen zulässig?" In Festschrift für Zitelmann, München und Leipzig 1913; Oertmann, „Unterlassungsansprüche aus unerlaubt. Handlungen?", in DJZ. 1904, 616 ff.

Diese Aufzählung will lediglich einen Hinweis auf die reiche Literatur in Deutschland über dies Problem geben.

In dieser Arbeit wird man aber eine Auseinandersetzung mit ihm vergeblich suchen.

In erster Linie, weil wohl im Laufe der Zeit alle irgendwie schwerwiegenden Beweisgründe für oder wider die Zulässigkeit vorgebracht worden sind, so daß es nicht mehr möglich wäre, einen wirklich neuen Gesichtspunkt anzuführen.

Dann vor allem aber auch, weil Verfasser jene Frage selbst niemals als irgend wie „problematisch" empfinden konnte. Vielmehr schien ihm stets die Behandlung der „Frage", wie wir sie im englischen Recht finden werden, auch für das deutsche Recht als die so selbstverständlich richtige, daß er sich nicht selbst gewaltsam Schwierigkeiten einreden wollte, wo er sie, auch bei größter Vertiefung in das einschlägige Schrifttum beim besten Willen nicht zu sehen vermochte; andere, die anderer Ansicht sein mögen, und dies Gebiet später vielleicht neu behandelt werden, sollen aber, wenn sie hier eine Lücke in unseren Betrachtungen über die UKL. zu finden glauben, wenigstens einen Leitfaden durch die rgoße Literatur an der Hand haben.

127) Arthur Smith, "A practical exposition of the principales of equity", illustrated by the leading decisions thereon", London 1902, S. 784, 5).

128) vgl. gar für das französische Recht die Bestimmung des article 4 des Code d' Instruction Criminelle, der die sog. „Adhäsionsklage" vorsieht.

129) Hier in diesem Zusammenhang darf man "Tort" wohl als gleichwertig für „unerlaubte Handlung" gebrauchen. Wir wissen aber, wie schwierig im allgemeinen der Begriff des englischen "tort" ist.

Ohne wie gesagt, im Großen zu dieser Frage Stellung nehmen zu wollen, darf nur kurz hier auf den Standpunkt dieser Arbeit hingewiesen werden: Die englische Lösung muß befriedigen. Denn alle Schadensverhütungsmaßnahmen werden hier als Spiegelbild der Schadensvergütungsmittel aufgefaßt. Wer aber würde daran denken, eine Schadensersatzklage etwa aus dem Grunde zu versagen, weil der Schaden durch eine, auch kriminell strafbare Handlung herbeigeführt worden ist [130]).

VI. TEIL.

Französische Rechtseinrichtungen, in denen das allgemeine Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz zum Ausdruck kommt und welche sein Bestehen erhärten.

Erster Abschnitt:

Allgemeinheiten.

Das französische Recht ist der Boden für eine außerordentlich große Menge mannigfach verschiedener Formen des allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz.

Oft fehlt es hier nicht nur an jeder wissenschaftlichen Gesamtschau, sondern auch an Klarheit über Wesen und Zulässigkeit der Anwendung dieser einzelnen Formen.

Die deutsche UKL wird man aber auch in dieser, sonst auf unserem Gebiet so überaus fruchtbaren Rechtsordnung, vergebens suchen.

Der Begriff einer "actio quasi negatoria" mußte dem französischen Recht um so fremder bleiben, als es selbst eine action négatoire nur im engen römischen Sinne als Eigentumsfreiheitsklage gegen Servituten-Anmaßungen kennt [131]). Und selbst diese Klage ist erst von der Doktrin über den Code Civil (im folgenden C. C. genannt) hinausgehend, aus dem Recht des Ancien Régime her beibehalten worden. Der Text des C. C. kennt den Eigentumsschutz nur in der Form der „revendication".

Andererseits wird aber der Begriff des Eigentums und der revendication sehr weit ausgedehnt [132]), so daß sich diese Lücke nicht so fühlbar macht, wie man zunächst annehmen sollte.

---

130) Wie schon eingangs gesagt, will diese, „Betrachtungen" genannte Arbeit, nirgendwo erschöpfende Schilderungen von Rechtseinrichtungen geben. Bei dem weiten, schwankenden und vagen Begriff der inj. weniger als sonst. Hier muß aber noch gesagt werden, daß wir auch mit allem was wir gesagt und geschildert haben, die inj. in Begriffe und Kategorien gepreßt haben, die dem Engländer fremd sind. Die inj. konnten wir überhaupt nur von außen her, nicht vom Standpunkt des, uns so fremden, englischen Rechts her begreifen.

131) Zachariae — Lingenthal, Charles — Salomon, Aubry — Rau, 2 è, éd. T. I ier, Bruxelles 1842. Unter: Des droits que renferme la propriété.

132) z. B. Fonds de commerce, propriété artistique, sowie alle „Immaterialgüterrechte", titres de noblesse, offices (!).

Doch schon Josserand[133]), einer der eigenwilligsten Autoren, weist darauf hin, daß die „Revendication" nicht die einzige Sanktion des Eigentums sein könne. Diesen richtigen Gedanken verfolgt er aber nicht weiter, sondern wendet sich alsdann . . . gegen die Möglichkeit der revendication bei Immaterialgüterrechten.

Auch scheint man in Einzelfällen, bei denen wir mit der actio negatoria vorgehen, mit den im französischen Rechtsgebiet[134]) scharf ausgebildeten, possessorischen (!) Klagen, — vornehmlich complainte und dénonciation de nouvel oeuvre zu helfen[135]).

Nach Ansicht von Aubry und Rau[136]) und nach den „Pandectes Belges"[137]) soll es im französischen Recht noch ein weiteres Mittel geben, die Wiederholung von schadenstiftenden unerlaubten Handlungen zu verhindern:

Die sogenannte „Actio ad futurum".

Über die actio ad futurum herrscht die denkbar größte Unklarheit. Praktisch spielt sie überhaupt keinerlei Rolle. Sie ist aber als rechtliche Erscheinung sehr interessant, weil sie uns nach der Begriffsbestimmung der „Pandectes Belges" als die Verwirklichung von Eltzbachers „Allgemeiner vorbeugender Klage" erscheint. „Ein durch zukünftige Bedrohung beeinflußtes Recht kann mit der actio ad futurum geregelt werden"[137]). Bemerkenswert ist die Weite dieser Ausdrucksweise. Nach Aubry und Rau können „Drohungen mit der Justiz" und selbst einfache Rechtsanmaßungen, in denen sich der Beklagte berühmt hat, Ansprüche gegen den Kläger zu haben, genügen für die Anstrengung einer gerichtlichen Klage, falls diese Anmaßungen von der Art sind, daß sie einen Eingriff darstellen in den Kredit, das Vermögen oder den friedlichen Besitz des Personenstandes" („possession de l'état civil" ist ein in Deutschland unbekannter Rechtsbegriff, vgl. darüber a. 321 C. C.). Nach Aubry und Rau könne der Beklagte mittels der actio ad futurum gezwungen werden, jetzt schon die Belege für seine Behauptungen vorzuweisen, anderenfalls er mit seinen Ansprüchen endgültig ausgeschlossen würde. In der Praxis wird aber eine actio ad futurum niemals mehr zugelassen. Wenn man sich über die Bestimmung des a. 5 C. C. auch noch hinwegsetzt, so wird doch stets das Interesse an der Klageerhebung mit dem Hinweis darauf verneint, daß sie allzu Zukünftiges behandele: Das ist nun weniger ein juristi-

---

133) Cours de droit Civil T. I ier, S. 802.

134) Das belgische Recht ist im folgenden immer mit gemeint, wenn schlechthin vom „französischen Recht" die Rede ist.

135) Es gibt keine complainte auf ein bestimmtes Verhalten des Beklagten, sondern nur über einen Zustand, oder allgemein auf „Abstellung der troubles" in irgend einer Art. Diese Art, statt sein Recht einzuklagen, sich über einen Zustand zu beklagen, also „die Verletzung des Rechtsfriedens zu rügen" (E. F. De la Croix in JW. 1934, S. 2738), scheint eine Besonderheit des germanischen Rechtsgeistes zu sein, — vgl. auch Ausführungen über die englische injunction. Es sollte hier nur aus allgemein-wissenschaftlichem Interesse darauf hingewiesen werden.

136) Cours de droit civil francais, 1920, T. XII, p. 5 sq.

137) 1881 p. 251. Und als einziges praktisches Beispiel: Angers, 3—7 1868, S. 68, 2, 3181.

sches Problem denn eine Charakterfrage, eine Auffassungssache.

Eine Klage, die etwa "action en abstention" hieße, gibt es, wie gesagt, im französischen Rechtsgebiet als juristisch — technisches Mittel der Durchsetzung des allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz nicht. Wohl aber der Sache nach, worauf wir unter dem Kapitel der "Astreintes" noch ausführlich zurückkommen werden [138]).

Zweiter Abschnitt:

Erörterung und Bejahung der Frage, ob die an sich im französischen Recht unbekannte deutsche Unterlassungsklage in Frankreich angestrengt werden könnte.

Im Voraus müssen wir bemerken, daß diese Frage noch niemals bisher aufgeworfen worden ist [139]).

Der Text der Gesetze schweigt. Vor allem fehlt ein dem § 890 ZPO. entsprechender Artikel. Einer Unterlassungsklage würden etwa folgende Bedenken entgegengesetzt werden:

1. Es handele sich um ein „unzulässiges statuer in futurum".
2. Die Gerichte würden mit solchen Klagen geradezu überschwemmt werden.
3. Die UKL. würde zur Lösung rein akademischer Fragen mißbraucht werden.

Diese Bedenken erscheinen uns nicht stichhaltig.

Zunächst ist ja — wenigstens theoretisch (s. oben S. 40 der Arbeit) — ein statuer in futurum nicht stets ein Grund, der Klage den Erfolg zu versagen. (Allerdings muß zugegeben werden, daß die actio ad futurum, wenn sie nicht überhaupt nie mehr war, als die Idee einiger besonders selbständiger Rechtsgelehrter, wohl nur noch von rechtsgeschichtlichem Interesse ist. Sie ist wohl ein verdorrter Ast am Baume des französischen Rechtslebens). Jedenfalls ist der Gedanke dem französischen Recht durchaus nicht wesensfremd, was ja auch in den zahlreichen anderen (s. unten S. 43 ff. der Arbeit) vorhandenen vorbeugenden Rechtsschutzmitteln zum Ausdruck kommt.

Vor allem aber handelt es sich gar nicht um eine Klage auf künftige Leistung: das ist eine in Deutschland schon längst ausgetragene Streitfrage [140]). Denn der Schuldner hat seine Leistung (Unterlassung) nicht nur in der Zukunft, sondern auch schon sofort zu erbringen.

---

138) Und bei d. Betrachtung der „mesures destinées à empêcher un dommage, bes. bei der Auseinandersetzung mit Kadens Meinung.

139) Daher liegen diesem Abschnitt auch keine Schrifttumsnachweise zugrunde. (Selbst die französische Rechtsvergleichung ist hier lückenhaft). Diese Ausführungen sind vielmehr das Ergebnis von Unterhaltungen, die der Verfasser mit seinem Onkel, dem Bâtonnier Charles Bauss und dessen Enkel Ch. J. Schilling, avocat, sowie den Rechtsanwälten Adolphe und Lilly Stellfeld, — alle vom Antwerpener Barreau — über diese Fragen geführt hat.

140) Eltzbacher, a.a.O. S. 196/97. a. A.: Hellwig, Lehrb. I S. 373 und „System", S. 72 f.

Der Vorhersage ferner, die Gerichte würden mit derartigen Klagen zu sehr überlastet werden, begegnete man auch immer dann in Deutschland, wenn die UKL. ausgebaut, besonders wenn sie auf neue rechtlich geschützte Güter und Interessen ausgedehnt wurde. Sie hat sich aber niemals erfüllt [141]).

Die Gefahr des Mißbrauchs zur Lösung rein akademischer Fragen ist allerdings vorhanden. Diese Gefahr ist aber bei den Feststellungsklagen noch viel größer. Feststellungsklagen gibt es (s. unten S. 51 f. der Arbeit) aber seit etwa 10 Jahren in Frankreich seit der umwälzenden Dissertation von Maynard [142]).

Der wirkliche Grund für das Fehlen der UKL. ist darin zu suchen, daß man im Gebiete des französischen Rechts dem allgemeinen praktischen Bedürfnis auf vorbeugenden Rechtsschutz durch Zur-Verfügungstellung anderer juristisch-technischer Mittel Rechnung getragen hat. An einen subjektiv privatrechtlichen Unterlassungsanspruch hat man im allgemeinen nicht gedacht.

Umso bemerkenswerter muß danach aber die Begründung einer Entscheidung des Brüsseler Handelsgerichts vom 5. Februar 1923 [143]) erscheinen. Dort kommt in klarer Weise zum Ausdruck, daß diesem Gericht ein subjektiv-privatrechtlicher Unterlassungsanspruch greifbar vorgeschwebt hat (wenn es auch daraus nur folgern konnte, daß eine astreinte (die der UKL. ähnlichste französische Rechtsform) zulässig sei: „In der Erwägung weiter, daß zwar keine gerichtliche Entscheidung den Beklagten gezwungen hat, die Reklame und die Erzeugnisse, welche widerrechtlich den Namen der Klägerin trugen, aus dem Verkehr zu ziehen, — daß aber die Beklagten die Pflicht hatten, es zu tun —, daß überhaupt die Verpflichtung einen Schaden wiedergutzumachen diejenige zum K o r r e l a t hat . . . . einen zukünftigen Schaden zu verhindern". Kaden [144]) urteilt also mit zu großer Ausschließlichkeit, wenn er sagt, „die Auffassung der Unterlassungspflicht als natürliches Korrelat des Schadensersatzes" „läge der französischen und belgischen Iudikatur gänzlich fern". Allerdings ist das Urteil des Brüsseler Handelsgerichts eine völlig einmalige Erscheinung geblieben, und es hat auch bisher gar keine besondere Beachtung gefunden.

Man darf sich auch nicht durch folgende Stelle bei Willems [145]) täuschen lassen:

„Der eigentlichen Wiedergutmachungsklage kann sich eine Klage beigesellen, die auf die Erlangung gewisser Sicherungsmaßnahmen oder auf das Aufhörenlassen eines Schädigungszustandes oder auf die Vereitelung seiner Wiederkehr gerichtet ist". Denn, wenn man den Artikel liest, so wird man

---

141) Lewald, a.a.O. S. 71.

142) Demogue, „Traité des obligations en généralé", Paris 1923 und spätere Jahre. S. 170 f.

143) Jur. Com. Brux. 1923, 79. Soc. en nom collectif Kyriazi Frères c/S. Kyriazi Cigarettes Comp.

144) Kaden, Das Reichsgericht und das französische Zivilrecht in „Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben", O. Schreiber, Berl. und Leipz. herausg. 1929, Bd. II, 88/91.

145) Willems, Essai sur la responsabilié, Rev. générale de droit, 1895, p. 298.

sehen, daß Willems diese „action en cessation de troubles" (übrigens ein von ihm eingeführter Ausdruck, der nicht gängig ist) nur eine besondere Form des Schadensersatzes ist. Er sieht sie gar nicht im Lichte vorbeugenden Rechtsschutzes. — Es gibt keine eigentliche „UKL." in Frankreich.

Dritter Abschnitt:

Kräftiger Ausdruck des allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz in den „mesures destinées à empêcher un dommage".

Erstes Kapitel:

Französische Unklarheiten auf diesem Gebiet.

In den mesures destinées à empêcher un dommage (im folgenden: m. dest. à emp. un dom.) finden wir das eigentliche Zutagetreten des allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz in Frankreich. (Nach Ansicht Vieler, s. unten, die die astreintes für m. dest. à emp. un dom. halten — sogar das einzige Zutagetreten).

Diese Maßnahmen sind der englischen injunction recht ähnlich, insofern sie ebenfalls Befehle (der mannigfachsten Art) des Gerichts sind [146]).

In der Praxis begegnet man ihnen am häufigsten in Urteilen, die hauptsächlich Schadensersatz zusprechen. Dies hat oft Anlaß zu dem Irrtum gegeben, als handele es sich bei den m. dest. à emp. un dom. überhaupt nur um eine Form des Schadensersatzes, als fänden wir in ihnen lediglich die französische Ausgestaltung unserer „wieder herstellenden UKL." [147]).

Dieser Ansicht, der übrigens auch Kaden in „Zivilgesetze der Gegenwart" (a.a.O.) huldigt, begegnen wir in Frankreich schon deshalb sehr häufig, weil dort auf dem Gebiete der m. dest. à emp. un dom. nur wenig scharf zwischen Restitution und Prävention geschieden wird: Planiol et Ripert [148]) bringen beides in einem einzigen Satze durcheinander: „Jene Maßnahmen sollen verhindern, daß ein Schaden sich weiter fortsetzt (das ist die deutsche wiederherstellende UKL.) und (!) daß er sich erneuert (vorbeugende UKL.) ("continuation et renouvellement du dommage").

Demogue [149]) bejaht die Frage, ob jene Maßnahmen auch zur reinen Prävention benutzt werden könnten: „Hier kann nicht mehr die Rede davon sein, die Ergreifung jener Maßnahmen etwa mit der Wiedergutmachung eines zwar künftigen, aber jetzt schon bestimmbaren Schadens zu rechtfertigen" [150]). — Ebenso versucht auch Georges Ripert die Fälle zu scheiden, in denen jene Maßnahmen verhindern sollen, daß "Le dommage se prolonge"

---

146) Nähere Begriffsbestimmungen siehe unten; da die Begriffe streitig sind, können wir eine genaue Definition nicht vorweg nehmen.

147) Zivilgesetze der Gegenwart (herausgegeben von Heinsheimer und Martin Wolff); Bensheimer 1932 Bd. I dort S. 450.

148) Traité pratique du droit civil français, Tome 6, 543 ff. bes. 545.

149) a.a.O. S. 170 f.

150) Bezeichnenderweise sieht Demogue die Rechtfertigung der m. dest. à emp. un dom. allein in dem praktischen Bedürfnis, das sich unwiderstehlich geltend macht.

— „ou se reproduise". Diese Erkenntnis[151]) von der doppelten Zweckbestimmung dieser Maßnahmen (ähnlich der inj.) führt ihn aber nicht zur Aufstellung zweier Kategorien von m. dest. à emp. un domm., entsprechend etwa der deutschen Scheidung von wiederherstellender und vorbeugender UKL. — Schließlich bezeugt noch eine Stelle aus dem tief schürfenden Werke Lucienne Riperts, daß die von dem Gericht zu ergreifenden Maßnahmen auch rein vorbeugenden Charakter haben können[152]). Nach einer Ausführung darüber, daß diese Maßnahmen vom Gericht als Schadensersatz wegen bestimmbaren zukünftigen Schadens ergriffen werden könnten, fährt sie fort: „Mais il y a quelque chose de beaucoup plus rationel à faire: il faut l'empêcher (das schadenstiftende Ereignis) à se produire".

Jene Maßnahmen werden von der Zivilgerichtsbarkeit verhängt. Sie sind aber wesenhaft nicht Bestandteil des bürgerlichen, sondern des Verwaltungsrechts![153]) Jedenfalls nach Auffassung der gesamten französischen Theorie (siehe 2. Kapitel). Wir müssen gleich sagen, daß diese Einreihung in das Gebiet des Verwaltungsrechts kaum praktische Auswirkungen hat, (es sei denn, man wolle eine solche darin sehen, daß der Richter bei Gelegenheit eines Prozesses von Amtswegen mittels jener Maßnahmen vorgehen kann). Diese „prérogative administrative" des Richters soll das Gewaltenteilungsprinzip in besonders eigenartiger Weise durchbrochen haben. Das muß uns besonders im Lande Montesquieu's befremden, — umsomehr, als wir keinen einzigen zwingenden Grund dafür fanden. In der Tat ist die Auffassung, die „injonctions et ordres" der Gerichte, (ihre Befugnis zur Ergreifung von mesures destinées à empêcher un dommage) seien Verwaltungsrecht, kein Ergebnis französischer Rechtslogik. Vielmehr ist ein alter rechtsgeschichtlicher Irrtum bis in die Gegenwart fortgeschleppt worden[154]).

Zweites Kapitel:

Die fehlerhafte rechtsgeschichtliche Begründung.

Der nunmehr zu skizzierende geschichtliche Rahmen umfaßt nach der allgemeinen Auffassung (s. unten S. 52 ff.) m. dest. à emp. un dom. „astreintes" gleicherweise.

Justinians Codex spricht zum ersten Male von der Befugnis der Gerichte, Befehle zu geben und deren Sanktionen auszusprechen, und zwar in dem Zusammenhang, daß „Comminationes, epistulas, programmaticas, suscriptiones . . . . auctoritatem rei iudicatae non habere." (VII, 57). Doch schon

151) Georges Ripert, „Les dommages-intérêts en monnaie étrangère", in „Revue Critique de la Jurisprudence", 46, 1926.

152) Lucienne Ripert, „La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle" Paris 1933, — ein hervorragendes Werk, wenn auch schwer zu verstehen um ihrer schwierigen Darstellungsart willen.

153) Während das Deutsche Recht auf Unterlassung doch unzweifelhaft dem bürgerlichen Recht, — die U.Klage dem Zivilprozeßrecht angehört.

154) Vgl. hierzu und zu dem Folgenden Esmein, in Rev. trimestrielle 03 S. 5 ff. — Dagegen die oberflächliche These von M. Turlan, „Les astreintes", Toulouse 1925.

bestritten ist[155]), ob sich im besonderen die astreintes auf die berühmte Stelle: „Omnibus magistratibus, non tamen decemviris (!), secundum ius ac potestate suae concessum est, iurisdictionem suam defendere poenali iudicio", zurückführen lassen[156]).

Wichtig ist der Relativsatz „non tamen decemviris", weil daraus hergeleitet wurde, daß es sich um eine nicht richterliche Befugnis handele. Das Wesen jener „prérogative" wurde seither stets als „administrative" bezeichnet, und dem ist leider niemals wieder widersprochen worden. Aller Streit langer Jahrhunderte ging immer nur um die Zulässigkeit jener Maßnahmen, nie um ihr Wesen[157]).

Der erwähnte geschichtliche Irrtum begegnet uns u. a. in ausgeprägter Weise bei Durantis in seinem „Speculum Iuris": Est quoque tertia species sententiae, quae dicitur praeceptum" . . . . tunc enim iudex sine aliqua causae cognitio praecipit quod . . . . Et hoc dicitur praeceptum et non sententia, quia ordo iudicarius non est servatus"[157]).

Nach Esmein sollen sich teilweise auch die geistlichen Richter[158]) für befugt gehalten haben, solche injonctions et ordres zu geben, und sie durch alle ihnen zugänglichen Mittel zu sanktionieren.

Nach Bodinus[159]) und Jousse[160]) ist jene Befugnis überhaupt von der Begriffsbestimmung des Richters nicht fortzudenken. — In wirklicher Durchführung des Gewaltenteilungsgrundsatzes hätte die französische Revolution den Richter jener Befugnis entkleiden müssen. Aber 1810 stellte schon wieder Henrion de Pansey, einer der bedeutendsten neuen Beamten, fest[161]):

„L'autorité judiciaire se compose de 2 éléments: La juridiction et le commandement. Pour assurer le règne de la justice, le juge doit prescrire et défendre". Auch die Rede des Tribuns Mallarmé, die er am 29. April 1806 vor der gesetzgebenden Körperschaft hielt, wird als Beweis angeführt, daß die prérogative administrative der Richter durch die Revolution unberührt geblieben sei[162]). Ganz allgemein sollten überhaupt die alten Rechtsregeln

---

155) Vgl. hierzu und zu dem Folgenden Esmein, in Rev. trim. 1903 S. 5 ff.; dagegen die recht oberflächliche These von Turlant, „Les astreintes", Toulouse, 1925.

156) L. I. Lib. II. tit. III. Dig.

157) Durantis, „Speculum iuris" Lib. II, pars III, de sententia § 3 No. 5 ed Francof 1592, S. 419.

158) Esmein, a.a.O. Nach Auskunft von Herrn Dr. Mattuck, Rabbiner der liberalen Synagoge in London St. Johns Wood, auch bei den Rabbinern gegenüber den Mitgliedern der Judengemeinde. Verfasser hat aber diese Anregungen und die Schrifttumsnachweise von Herrn Dr. Lauterbach, an der Universität Jerusalem, nicht verarbeiten können.

159) Les 6 livres de la République, 1 III. ch V' id. Genf 1629, S. 429/30.

160) Traité de l'administration de la justice, zit. nach Esmein, a.a.O.

161) zit. nach Esmein, a.a.O.

162) Locré, „La législation civile criminelle et commerciale en France", Paris 1849, T. XXI, S. 18. — Gegen diese ganze geschichtliche Begründung polemisiert in scharfer Tonart Turlan, a.a.O. S. 15 ff., aber eigentlich schimpft er nur auf Esmein, ohne selbst sachlich irgend etwas an Esmeins Theorien aussetzen zu können. Turlan ist unbeachtet geblieben. Die Schrift Esmein's von 1903 kennt heute alle Welt.

nur da beseitigt sein, wo dies ausdrücklich angegeben war („La commission s'est fait un devoir de maintenir toutes les dispositions u t i l e s existantes“ [163]).

Nur die lange Gewohnheit, m. dest. à emp. un dom. zu ergreifen, und das Gefühl für ihre Nützlichkeit und Notwendigkeit waren die Ursache für ihre Übernahme in das neue Recht.

Diese Erklärung aus der rechtspolitischen Notwendigkeit, das allgemeine Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz in irgend einer Weise (und dann möglichst in der durch die Geschichte und jahrhundertelange Übung überkommenen Art) durchzusetzen, hat den französischen Juristen nicht genügen wollen. Man hat versucht „juristisch-konstruktive“ Begründungen zu finden.

Drittes Kapitel:

Versuche „juristisch-konstruktiver“ Rechtfertigungen.

Diese Begründungen sind entweder sehr schwach oder sogar mißlungen.

So heißt der entscheidende Satz bei Demogue, der doch der tiefgründigste Bearbeiter dieser dieses in Frankreich wissenschaftlich etwas stiefmütterlich behandelten Gebiets ist [164]) „Du principe que le tribunal peut ordonner la réparation en nature du préjudice, combiné (!) avec cet autre que le tribunal peut indemniser même pour le préjudice à venir lorsqu'il est certain, il résulte une conséquence importante: Le tribunal peut donner des ordres pour empêcher le préjudice à se continuer“.

Der Satz ist logisch höchstens dann aufzuhellen, wenn wir annehmen wollen, Demogue habe dort nur an Fälle gedacht, in denen es sich nach deutscher Denkweise um die wiederherstellende UKL. handelt. Das wäre in der Tat auch die Ansicht einiger französischer Untergerichte: Vorbeugend „könnten“ jene Maßnahmen überhaupt nur verhängt werden, „wenn der zukünftige Schaden die sichere Folge eines gegenwärtigen ist“ [165]), und wenn „le dommage est permanent et continu“ [166]). Das sind immer nur Fälle der deutschen wiederherstellenden UKL. oder nur einfach die Einklagung eines zwar künftigen, aber schon jetzt bestimmbaren Schadens. Ganz klar wurden Schutzmaßnahmen w i r k l i c h vorbeugender Art in jenem Urteil [167]) verworfen, in dem Grundstückseigentümern, die durch unvorschriftsmäßiges Fliegen von Fliegern Schaden erlitten hatten, ausdrücklich n u r Schadenersatz für die Vergangenheit zugebilligt wurde, — in dem aber die Ergreifung von Schutzmaßnahmen für die Verhinderung unvorschriftmäßigen Fliegens als unzulässig erklärt wurde. Nun mißbilligt Demogue diese untergerichtliche Ansicht [168]), und vertritt die Ansicht, jene Maßnahmen könnten auch

163) siehe Anm. 162.
164) a.a.O. IV. p. 168 sqq. No. 496 sq.
165) Lebenslänglicher Verstümmelung bei einem Unglücksfall z. B.
166) Wenn infolge gleichen Namens ein Kaufmann ständig die Post seines Konkurrenten erhält (dies sind die entschiedenen Fälle).
167) Trib. Civil de la Seine, 10. 6. 1914, 2, 193 und Anm.
168) a.a.O. S. 172 gegen Anmerkung zu cour d'appel 6. 7. 12. DP. II. 118 und S. 34.

rein vorbeugendem Rechtsschutze dienen. Damit ist aber die obige Sinngebung des Demogue'schen Satzes unmöglich geworden. Somit bezeichnen wir diese — vielleicht nur allzu gedrängte und deshalb unverständliche „konstruktive" Begründung als mißlungen.

Nach Savatier[169]) und Willems[170]) soll art. 1036 code de procédure civile nur ein Ausfluß eines allgemeinen Grundsatzes sein, der es den Gerichten gestattet, überhaupt stets Maßnahmen der Art zu ergreifen, wie sie art. 1036 nur beispielsweise aufzähle. (injonctions, ordonnance d'affichage, supressions d'écrits u. s. w.). Das ist auch die Ansicht Sourdat's[171]); Poittevin[172]) huldigt derselben Ansicht und sieht außerdem noch zur Stütze des verallgemeinernden Ähnlichkeitsschlusses artt. 41 und 49 des französischen Gesetzes über die Presse vom 29. Juli 1881 (bezüglich suppression d'écrits injurieux) und sogar das Gesetz vom 23. 12. 1912, art. 6 § 3 über „les habitation à hon marché" heran. Diese Begründung bezeichnen wir als schwach. Nicht nur, weil man diese weittragenden Folgerungen aus wenig wichtigen Nebengesetzen ziehen will, sondern weil vor allem art. 1036 c. proc. civ. nach richtiger Ansicht[173]) überhaupt lediglich sitzungspolitischen Zwecken dient[174]).

Viertes Kapitel:

Nähere Betrachtungen und aufschlußreiche Fälle.

Positive „ordres" und „prescriptions" finden sich, wie erwähnt, eigentlich nur in Urteilen, die gleichzeitig Schadensersatz für die Vergangenheit zusprechen. Einfachen Verboten (in Form der später zu behandelnden astreintes) begegnet man dagegen auch als „condamnations principales".

Es läßt sich kaum ein tieferer Grund dafür feststellen, weshalb die positiven m. dest. à emp. un dom. immer nur in condamnations accessoires vorkommen. Wahrscheinlich begreift die Mehrzahl der Richter jene Maßnahmen eben doch nur als Formen des Schadensersatzes. Dagegen wird von L. Ripert hervorgehoben, daß sie sowohl in einer condamnation principale wie in einer condamnation accessoire enthalten sein könnten[175]). Sie stellt auch als einzige klar, daß diese Maßnahmen keinerlei Verschulden auf Seiten des Beklagten voraussetzen:

„Kein Raum ist hier gelassen für die Idée de la responsabilité".

Unser Gebiet ist hinsichtlich scharfer Begriffsbildung ein wahres Chaos in Frankreich. Überall wirft man nur Verwandtes völlig zusammen: Im all-

169) Savatier, „Effet et sanctions du devoir moral", S. 134.
170) Willems, „Essai sur la responsabilité", Revue générale de droit, S. 298 (Jahrg. 1895).
171) Louis Sourdat, „Traité général de la responsabilité, Paris 1902, I. No. 134 bis quinies. Sourdat nimmt für sich in Anspruch der erste Vertreter dieser Ansicht zu sein.
172) im Kommentar zum Preßgestz von 1831. Paris.
173) Cass. b. 12. 5. 1930, Pas. 1930, I, 209.
174) Wir können hier nur die hauptsächlichsten Meinungen anführen.
175) Réparation, a.a.O. S. 39 ff.

gemeinen wird unter jenen Maßnahmen nicht zwischen denjenigen geschieden, die den Zwecken dienen, welche durch unsere actio negatoria, actio quasi — negatoria, quasi negatorische Beseitigungsklage, durch Klage auf künftige Leistung und durch Einklagung eines zwar künftigen, aber jetzt schon bestimmbaren Schadens erreicht werden sollen!

Das erwähnte Buch Riperts ist das analytisch schärfste Werk, das für unser Gebiet in Betracht kommt. Aber ob sie mit ihrer sehr komplizierten Denkweise wirklich Klarheit wird vermitteln können, ist heute nur schwer zu sagen, da das Buch, das erst 1933 erschien, noch zu jung ist, als daß es schon großen Einfluß hätte gewinnen können. Jedenfalls glauben wir, sie dahin zu verstehen, daß sie wenigstens theoretisch die Unterschiede zwischen all' jenen Rechtseinrichtungen in gewissem Umfange wenigstens erkannt hat [176]).

Wenn aber in Frankreich, dem Lande der abstrakten Begriffsjuristen, alle diese Begriffe verschwimmen, so sollte uns das zum Nachdenken darüber veranlassen, ob sie nicht zum Teil wenigstens wesenhaft zusammen gehören. So darf man z. B. nicht übersehen, daß der Begriff eines zukünftigen, mit Sicherheit zu erwartenden Schadens, für den heute schon Schadensersatz verlangt werden kann, kein unbedingt feststehender zu sein braucht. So würde vielleicht irgend eine deutsche Schadensverhütungsmaßnahme in Frankreich noch als wiederherstellend (schadensvergütend) angesehen werden; während wir in unserem Recht die Bestimmbarkeit des zukünftigen Schadens vielleicht verneinen würden. Das läuft auf eine unterschiedliche Bewertung der Gefahrnähe hinaus. Von einem gewissen Grade ab wird ja außerdem die „bloß drohende Gefahr" schon zum gegenwärtigen Schaden im Rechtsgegenstand. Und sie i s t ja ein bereits gegenwärtiger Schaden im Recht (s. oben S. 26 ff.). Diese verschiedene Bewertung ist nicht das Ergebnis verstandesmäßiger Erwägungen, sondern letzlich wohl ein Zeichen für die Verschiedenheit der Volkscharaktere.

Nur in diesem Sinne sagt Kaden [177]) mit Recht, es „dürfte" [178]) sich um einen Fall der wiederherstellenden UKL. handeln, wenn z. B. Maßnahmen angeordnet werden zur „Umgestaltung gefährlicher, gesundheitsschädlicher Anlagen, so, daß ihr künftiger Betrieb keine oder nur unbedeutende Störungen für die Nachbarn nach sich ziehen wird" [179]).

Begegnet uns nicht aber eine — gesunde — Mischung wiederherstellender und vorbeugender Gesichtspunkte, wenn auf dem Grundstück des beklagten Nachbarn Hausreparaturen wegen Einsturzgefahr angeordnet werden [180]). Aus der Entscheidung [181]) kann man nur implicite den vorbeugenden Bestandteil herauslesen: In der Begründung heißt es, art. 1386 Code

176) a.a.O. S. 39 ff.; unsere Fragen werden leider auch nur nebenbei im größeren Rahmen der unerl. Handlung überhaupt behandelt. a.a.O. S. 90.
177) a.a.O. S. 90.
178) „dürfte": Kaden ist also selbst nicht ganz sicher.
179) Bordeaux, 7. 8. 1872, DF. 1874, 5, 328. v' auch Civ. 26. 3. 1873, DP. 1873 I 353.
180) siehe besonders die berühmte Entscheidung: Pau, 27. 1. 1908 in Dalloz, Rép. „Responsabilité" Nr. 768. — Rennes, 2. 3. 1843.
181) S. Anm. 180 dieser Seite.

Civil könne unmöglich die einzige Sanktion (durch Wiedergutmachung) sein. Es sei „vernunftgemäß", eine Klage, auf Erhaltung des Eigentums zuzulassen, — ebenso wie man es ja auch der Polizei (!) nicht verwehre, Anordnungen in diesem Sinne zu treffen. Die Abschaffung der „cautio damni infecti" stehe dem nicht im Wege.

Wenn Kaden (a.a.O.) aber meint, es handele sich hier (auch juristisch-technisch) um eine deutsche UKL., so können wir dem nicht beipflichten. Bei allen „injonctions et ordres" liegt dann doch der Vergleich zur Beseitigungsklage näher. Das geht auch schon daraus hervor, daß in Frankreich die Frage höchst streitig ist, ob u. a. bei der Ausführung der Maßnahmen des Gerichts Ersatzvornahme durch den Kläger möglich sei [182]). Letzteres wird sogar hin und wieder bejaht: für Zimmermannsarbeiten an schlecht eingerichteten Theatern [183]), für das Wegrücken von zu dicht an der Grenze stehenden Bienenstöcken.

Zum Wesen der Unterlassungspflichten gehört es aber, daß dabei eine Erfüllung durch jemanden anderes als den Verpflichteten begrifflich undenkbar ist [184]).

Kaden bedient sich nun einer sehr geschickten Ausdrucksweise, um seiner Ansicht, die m. dest. à emp. un dom. seien dasselbe wie die deutsche UKL., Geltung zu verschaffen: Wenn z. B. einem Kaufmann die Entfernung gewisser täuschender Angaben aus Preiskatalogen befohlen wird [185]), so sagt Kaden, „der Gebrauch dieser Kataloge wurde dem Kaufmann u n t e r s a g t". Das mag praktisch auf dasselbe hinauslaufen, und es ist auch richtig, daß die Untersagung (nur ein anderes Wort für die Auferlegung einer Unterlassungspflicht des Gebrauchs dieser Kataloge!) implicite in einer Verurteilung zur Beseitigung der irreführenden Stellen aus den zur Benutzung vorgesehenen Katalogen enthalten ist. — Es braucht aber kaum näher dargelegt zu werden [186]), daß es doch juristisch-technisch etwas ganz anderes ist, ob ein positives Verhalten angeordnet, oder ob eine bloße Enthaltung befohlen wird.

Es ist richtig, daß die vorbeugenden „injonctions et ordres", welche das Gericht auf Grund seiner „prérogative administrative gibt, meist auf dem Gebiete des unlauteren Wettbewerbs angetroffen werden [187]). Kaden verallgemeinert diese Erscheinung aber wohl doch zu sehr [188]), wenn er ihr Vorkommen auf anderen Gebieten völlig in Abrede stellt: So kann z. B. das Abreißen eines hölzernen Zaunes [189]), der mit der Begründung vom Richter angeordnet wurde, er sei zu feuer g e f ä h r l i c h , nicht als Maßnahme angesprochen werden, die der Wiedergutmachung diene. Lucienne Ripert [190])

182) Demogue, a.a.O. S. 171 f.
183) Trib. Toulouse 7. 2. 1906.
184) Gaz. Trib. Mid. 6. 5. 1906.
185) Paris, 23. 7. 1914; Gaz. Trib. 1915, 322.
186) Auf die Möglichkeit der Ersatzvornahme, die nur bei positiven Anordnungen besteht, wurde z. B. schon hingewiesen.
187) Ebenso wie in Deutschland zuerst! Und in England: inj. für property and trade, lediglich! Vgl. S. 34 oben.
188) a.a.O. S. 89.
189) Sédan, 17. 12. 1901 S. 1904 2, 217.
190) a.a.O. S. 40.

schreibt, im Gegensatz zu Kadens Ansicht, ganz allgemein: „. . . ces mesures destinées à prevenir (ou à interrompre) le dommage, ne peuvent en constituer sa réparation".

Die bloße Erkenntnis wird auch hier wieder dadurch getrübt, daß die Richter für den Fall der Nichtvornahme eine Geldbuße als verwirkt aussprechen, welche sie als „dommages — intérêts" bezeichnen, die aber (ebenso wenig wie die astreintes) kein Schadensersatz, sondern Vollstreckungsmittel sind.

Kaden hat aber insofern recht, als jene Maßnahmen vorwiegend auf dem Gebiete des unlauteren Wettbewerbs Anwendung finden. So heißt es z. B. in einem Urteil des französischen Cassationshofes:

„Der Tatsachenrichter hat die Befugnis, zur Verhinderung von Verwechselungen zwischen zwei benachbarten Unternehmern die Einrückung einer geeigneten Anzeige in den Zeitungen anzuordnen" [191]).

Andererseits ist in Frankreich der unlautere Wettbewerb durch kein besonderes Gesetz geregelt, — es ist keine „Spezialmaterie" wie bei uns: Wenn man nun noch ferner in Betracht zieht, daß die Entwickelung des Handelsrechts überhaupt stets der des bürgerlichen Rechts vorauseilt, so ist die Ausgestaltung der m. dest. à emp. un dom. auf diesem Gebiet nur kennzeichnend für ihre Ausgestaltung im französischen Recht überhaupt. Es werden immer diejenigen Maßnahmen ergriffen, die im gegebenen Fall am zweckdienlichsten sind. Erschöpfend aufzählen lassen sie sich gar nicht. So sind auch für L. Ripert z. B. das (presserechtliche) „droit de réponse" und die „suppressions de discours injurieux outrageants, ou diffamatoires" stets nur Beispiele (a.a.O. S. 40).

Die Macht der Gerichte zur Ergreifung jener Maßnahmen findet ähnliche Grenzen wie in Deutschland die Möglichkeit, eine UKL. anzustrengen: nämlich da, wo es sich um die Existenz eines Unternehmens (besonders wenn es konzessioniert ist, vgl. bei uns § 16 Gew.O.), handelt, um die Beibehaltung des Vaternamens (vgl. „Johanna Maria Farina" — „Stollwerck" und so weiter), und „um den Genuß des Eigentums als solchen" [192]).

Ein weiterer wichtiger juristisch-technischer Unterschied zwischen jenen mesures und der UKL. liegt darin, daß der Spruch der Gerichte, soweit er die Anordnung jener Maßnahmen enthält, nicht rechtskräftig wird [193]). „Neue Maßnahmen können angeordnet werden, wenn sich die ersten als ungeeignet erwiesen". —

So hätte z. B. in dem berühmten Prozeß der Erben des Prinzen Eugène de Beauharnais gegen den Verleger Perrotin in Paris, bei dem die Memoiren des Herzogs von Ragusa erschienen waren, schließlich sogar die Einstampfung der Bücher angeordnet werden können, wenn die zunächst ergriffene Maßnahme wirkungslos gewesen wäre: Es wurde nämlich Perrotin befohlen, in allen Bänden berichtigende Dokumente abzudrucken, denen folgende Bemerkung voranzugehen hatte:

---

191) Cours d'Appel de la Seine v. 6. 7. 1912. DP. II, 118 und DP. 1871, I. 159.

192) Vgl. Anm. zum vorgenannten Urteil des Appellationsgerichts.

193) siehe Anm. 192 dieser Seite.

„In Vollstreckung eines Urteils des Gerichtshofes der Seine fügen wir die abgebildeten Dokumente, welche uns von der Familie des Prinzen Eugène de Beauharnais zur Verfügung gestellt worden sind, bei, — weil sie geeignet sind, die Anspielungen und Behauptungen des Herzogs von Ragusa richtig zu stellen“ [194]).

Fünftes Kapitel:

Beziehungen der mesures destinées à empêcher un dommage zu den jugements déclaratoires.

Wie erwähnt, ist das Urteil, soweit es diese oder jene Schadensverhütungsmaßnahme anordnet, nicht rechtskräftig. Rechtskräftig festgestellt ist nur die Notwendigkeit, irgend ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes zu ergreifen. Diese Erkenntnis muß Kaden, Demogue und Maynard [195]) wohl vorgeschwebt haben, wenn sie alle drei unabhängig voneinander darauf hinweisen, daß sich die m. dest. à emp. un dom. der Feststellungsklage „nähern“. Vielleicht aber wollten sie lediglich die enge Verwandtschaft zwischen jenen Maßnahmen und der Feststellungsklage auch im französischen Recht andeuten . . . . Im französischen Recht kann man ohne Schwierigkeit (nur mittels mündlich vorgebrachter „conclusions additionnelles“) von einer ursprünglich angestellten Feststellungsklage zu einer Bitte um eine „injonction“ des Gerichts übergehen [196]). So hatte z. B. der Kläger zunächst verlangt, „de déclarer le défendeur sans droit pour mettre en vente les vins de sa récolte, sous la dénomination . . .“ [197]). Dann verlangt er auf einmal im Laufe des Prozesses „d' empêcher l' adversaire d' employer cette marque“. Das war statthaft.

Umgekehrt wie in dem eben angedeuteten Falle kann auch eine bloße Feststellung als die geeignetste m. dest. à emp. un dom. erscheinen: genau so wie in England das Verfahren auf Erlangung einer inj. mit einer „declaration only“ endigen kann. Klassisch erscheint dafür der oft angeführte Fall, den das Appellationsgericht von Pau entschieden hat [198]): Ein Likörfabrikant hatte gegen eine Likörfabrik-Aktiengesellschaft aus dem Rechtsgrunde unlauteren Wettbewerbes auf Erlangung einer „injonction“ [199]) geklagt, um den unerlaubten Wettbewerb künftig zu verhindern. Die geeignetste „Maßnahme“ erschien hier dem Gericht der „Rappel aux prescriptions de la loi“ [200]). Das ist — wie auch aus den Gründen, ohne daß es ausdrücklich ausgesprochen wird, — hervorgeht, ein Feststellungsurteil.

---

194) Paris, 17. April 1858, DP. 60 II 109.

195) Kaden, a.a.O. S. 90; Demogue, a.a.O. S. 171; Maynard „Les jugements déclaratoires“, thèse Lyon 1922, une nouvelle forme d' activité judiciaire. La justvice préventive“.

196) Req. 27. 3. 1877; DP. 77. 1. 362.

197) Wie bei uns § 268 Nr. 2 ZPO.

198) 27. Januar 1908.

199) Eigentlich müßten wir ja sagen: „Er beklagte sich über den unlauteren Wettbewerb“.

200) Das Feststellungssurteil ist also eine m. dest. à emp. un dom. nach dieser Auffassung des Gerichts.

Die französischen Feststellungsklagen [201]) heißen nur „actions déclaratoires", — sind aber in Wirklichkeit „actions en fixation de droit" [202]). So heißt z. B. einer der (in mannigfacher Hinsicht) wichtigsten Sätze bei Demogue: „Mais les tribunaux ont-ils, à propos non plus d'une situation dommageable et fautive, mais d'un acte ou d'une série d'actes, la faculté de donner des ordres pour l'avenir? — Ici il ne peut plus être question de donner pour motiv la réparation d'un dommage futur et certain. Mais le tribunal a comme raison d'intervenir cette nécessité [203]) de fixer le droit dans un cas déterminé lorsque . . . . Ceci se rapproche des jugements déclaratoires".

Dieselbe Aufffassung finden wir noch wieder bei Lucienne Ripert [204]). Sie spricht an einer Stelle kurz von einer besonderen Gattung der mes. dest. à emp. un dom., nämlich von den „injonctions ayant pour but de réglementer l'exercice d'un droit". Déclaration und fixation sind nicht dasselbe: Déclaration ist die (urteilsmäßige) Erklärung, die Konstatierung, daß der oder jener Rechtszustand bestehe. Fixation d'un droit ist dagegen nicht nur eine solche „Feststellung" im engeren Sinne, sondern eine Festlegung und Befestigung eines rechtlichen Zustandes.

In Frankreich ist man über all diese Fragen, vornehmlich über das Wesen der Feststellungsklage im Unklaren. Auch Riperts „injonctions ayant pour but de réglementer l'exercice d'un droit" (siehe oben) brauchen sich nicht eindeutig auf Feststellungsklagen zu beziehen. Es kann sich hinter diesem Ausdruck auch eine einfache Klage auf ein bestimmtes Verhalten (z. B. auf ein civiliter uti einer Dienstbarkeit) verbergen.

Diese Unklarheit und das Fehlen scharfer Unterscheidungen zwischen den einzelnen Formen vorbeugenden Rechtsschutzes ist für uns ein Beweis, daß alle Formen vorbeugenden Rechtsschutzes eng miteinander verwandt sind.

Vierter Abschnitt:

Die „Astreintes" im Lichte vorbeugenden Rechtsschutzes.

Das Gebiet der „astreintes" (im folgenden „astr.") ist ein Gebiet, das

201) Sie sind seit Maynards (a.a.O.) Arbeit nach deutschem Vorbild in Frankreich anerkannt worden. M's Beschäftigung mit dem anglo-sächsischen Recht scheint uns nur ein Vorwand zu sein: mit seiner Arbeit empfiehlt er die glatte Übernahme des deutschen Rechtszustandes (von etwa 1920).

202) Demogue, a.a.O. S. 170/71.

203) Demogue, S. 170/71 a.a.O. „nécessité". Vielleicht unbewußt sagt Demogue, was auch wir für richtig halten: nämlich, daß die praktische Notwendigkeit, dem Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz eine Form, in der es sich äußern kann, zur Verfügung zu stellen, die Anerkennung der m. dest. à emp. un dom. als Rechtseinrichtung rechtfertigt. — Ebenso sagt ja auch L. Ripert, nachdem Sie von der Schadensvergütung gesprochen hatte: „Mais il y a quelque chose de beaucoup plus rationnel à faire": Schadensverhütung.

204) L. Ripert, a.a.O. S. 43.

wir heute als besonders rein französisch [205]) ansehen können. Nicht nur deshalb, weil es in den Ländern, die vom Code Civil beeinflußt sind, nicht besteht [206]), sondern auch um der typisch französischen Rechtswissenschaftlichen Behandlung willen [207]).

In der französischen Rechtswissenschaft gibt es, im Gegensatz zu Deutschland, nämlich weniger entpersönlichte Lehrmeinungen, (welche sich gegenseitig beeinflußten und bekämpften), sondern eher eine Reihe von Einzelbearbeitungen der verschiedenen Rechtsgebiete oder Rechtseinrichtungen, in denen lediglich die persönliche Anschauung des jeweiligen Bearbeiters zum Ausdruck kommt. Diese Einzeldarstellungen berücksichtigen weiter meist als Grundlage ihrer Betrachtungen nur die Rechtsprechung. Da das Gebiet der astreintes schon an sich schwierig und dunkel ist, so erklärt es sich, weshalb wir „quot homines tot sententias" hier vorfinden. — Es gibt zu viele eingehende Werke, die von den „astreintes" handeln, als daß wir hier nochmals eine allgemeine Darstellung der astreintes geben

---

205) Früher, im Mittelalter besonders, nicht: Vgl. Barthélémy, „droit administratif" 10. éd. pag. 633. — Der dort festgestellt, daß die astr. ebenso Mittel des Verwaltungsrechts wie des Bürgerlichen Rechts sind. Z. B. noch in neuester Zeit Arrêt du Conseil d' Etat vom 17. nov. 1922: „Les astreintes peuvent être pronocées afin que le . . . concessionaire . . . assure l' exécution fidèle du service dont il se charge". Auch Esmein (a.a.O.) über die Geschichte der inj. et ordres, die auch für die astr. gelten soll.

206) In Italien bestehen die astreintes nicht, auch nicht in Spanien. Vgl. Turlan „Les Astreintes", thèse de doctorat, Toulose 1925 eingangs. Das belgische Recht behandelten wir im allgemeinen zusammen mit dem französischen. Ist es doch eigentlich nur sein besonderer Zweig. Aber sogar in Belgien steht die Frage der Zulässigkeit der Astreintes auf des Messers Schneide (siehe unten). In Holland kennt man die Astreintes gleichfalls nicht als vorbeugendes Rechtsschutzmittel, sondern nennt „astr." Schadensersatz; darüber „Uitlegging en toepassing in Nederland van aan den Code Civil ontleende Wetsvorschriften", door E. M. Meijers in „Mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen. Afdeeling Letterkunde, Deel 74 Serie B. No. 5. „De schuldenaar, die zyn verplichting niet nakomt, kan in Frankrijk gedwongen worden, doordat de rechter een boet (astreinte) vaststelt voor ideren dag, dat de schuldenaar in gebreke blyft. Onze rechtspraak acht een zoodanige boete ontoelaatbaar. De veroordeling tot voldoening van een geldsom per dag of per week wordt slechts toegelaaten, voorzoover dit als schadevergoeding te rechtvaardigen valt". (v. H. R. 13. November 1914, N. J. 1915, 98 — zitiert nach E. M. Meijers).

207) Der bekannteste Anwendungsfall der „astreintes" ist die Affaire Beaufremont (v. Cour de Paris 1877 DP. 1878, II p. 125). Cour de Bruxelles 1880, Pas. 1880 II p. 319).

Die Prinzessin Chimay war von dem Prinzen Beaufremont geschieden worden. Ihr war die Personenfürsorge über die Kinder zugesprochen worden. Alsdann heiratete sie in Berlin den Prinzen Bibesco. Daraufhin entzog die Cour de Paris der Prinzessin das Personensorgerecht über die Kinder und beschloß, daß diese von ihrem Vater in einem Kloster in Paris untergebracht werden sollten. Gleichzeitig verurteilte der Gerichtshof die Prinzession für jeden Tag der etwaigen Nichtherausgabe der Kinder zu 500 Frcs. astreintes während des ersten Monats und zu täglich 10000 Frcs. während etwaigen Herausgabeverzuges der folgenden Monate. (Schließlich erreichte die zu zahlende Summe 900 000 Frcs.)

sollten[208]). Wir werden uns nur mit einigen brennenden Fragen beschäftigen[209]).

Mit Eltzbachers Ansicht[210]), daß „astreintes" und „UKL." dasselbe seien, werden wir uns unten (S. 155 z. B.) noch auseinandersetzen. Für uns deutsche Juristen wichtiger ist es, zunächst Kadens Aufsatz „Das Reichsgericht und das französische Zivilrecht"[211]) soweit es sich auf die UKL. bezieht, entgegenzutreten. („Die Klage auf Unterlassung und Art. 1382 C. V.").

Der erste Vorwurf, den man gegen Kaden erheben muß, ist nur allgemeiner Art: Er hat sich nicht auf die dem französischen und dem deutschen Rechte gemeinsame Ebene des vorbeugenden Rechtsschutzes überhaupt (sei es als Idee, sei es als wirklich bestehendes Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz) gestellt, sondern unmittelbar eine deutsche UKL. im französischen Recht gemacht. Weiter hat er zu Unrecht geglaubt, in den mesures dest. à emp. un dommage eine deutsche UKL. zu finden.

Endlich hat aber Kaden die der deutschen UKL. wirklich einigermaßen entsprechenden astreintes gar nicht erwähnt[212]).

Die nahen Beziehungen beider Rechtseinrichtungen sind überhaupt nur ein einziges Mal (von Eltzbacher's allzu großer Verallgemeinerung [– er nennt fast jede Form vorbeugenden Rechtsschutzes in Frankreich „UKL."] abgesehen) ausdrücklich herausgestellt worden. In Heinsheimers „Zivilgesetze der Gegenwart" finden wir einen ganz kurzen Hinweis[213]) (der allerdings von Kaden stammt).

Wenn z. B. auf die Klage der O. H. G. Kyriazy Frères gegen die A. G. Kyriazi Cigarettes Company[214]) eine astreinte verhängt wurde für jeden Tag

208) Am klarsten Josserand, „Cours de droit civil positif français" 1933 Bd. II unter „astreintes". Die Spezialabhandlungen von Bressard „La thèorie des astreintes", Lyon 1901 und Turlan „Les astreintes"" Thèse de doctorat, Toulouse 1925, Laurents großes Werk des Zivilrechts im T XVI no. 301, auch das alte Werk von Demolombe t. XXIV nos. 496, 497. — Sehr wichtig Entsch. der ersten Kammer des Belg. Cour de Cass. vom 24. Januar 1924, Bull. de la Cour de Cass. 1924 S. 151 ff. und dort die „conclusions" von Josserand's großem Gegenspieler dem Vicomte Terlinden.

209) Wir waren versucht diesen Abschnitt auch nur zu nennen: „Die astreintes, wie wir sie sehen". Aber wir fußen nicht wie die Franzosen nur auf den Entsch., sondern versuchen, die Einzelmeinungen zu vereinigen und dies außerdem im größeren Rahmen vorbeugenden Rechtsschutzes auf rechtsvergleichender Grundlage.

210) a.a.O.

211) in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben" Bd. II b. O. Schreiber, Berl. und Leipz. 1929 S. 88 f.

212) Er hat sich auch nicht etwa zu der manchmal in Frankreich vertretenen Auffassung (siehe unten) bekannt, die astreintes seien eine der mes. dest. à emp. un dommage. Er hat vielmehr seinem Aufsatz einzig und allein (man kann es Wort für Wort nachweisen) die Ausführungen Demogue's (a.a.O.) S. 170 ff. über die mes. dest. à emp. un dommage zugrunde gelegt. Das zeigt sich auch bei den Inhaltsangaben, der von ihm zitierten Entscheidungen, welche eine wörtliche Übersetzung der Schrifttumsnachweise Demogue's sind.

213) Bd. II 2 (1932) S. 450.

214) Das in anderem Zusammenhang schon genannte, höchst bedeutende und doch so wenig beachtete Urteil des Tribunal de Commerce de Bruxelles vom 7. Februar 1923.

der Zuwiderhandlung gegen das gerichtliche Verbot an die Beklagte, ihren irreführenden Namen weiter zu gebrauchen, so handelt es sich wirklich um das der deutschen UKL. entsprechende Rechtsinstitut, d. h. der Sache nach und praktisch ist es dasselbe. Formell geht aber auch hier der Klageantrag keineswegs auf Verurteilung zu einer Unterlassung, sondern ist genau wie der „Antrag" bei den „mes. dest. à emp. un dommage" eine Bitte an das Gericht, dem leidigen Zustand abzuhelfen. Das angeführte Urteil ist auch deshalb besonders wichtig, weil die Entscheidungsgründe ausdrücklich die astreintes als Mittel, künftigen Schaden zu verhindern, dem gleichfalls zugesprochenen Schadensersatz für die Vergangenheit gegenüberstellen.

Aufschlußreich ist vielleicht auch der in der Revue de droit civil 1929 (S. 1089) besprochene, in das Gebiet der „Anreizung zum Vertragsbruch" (§ 826 BGB.) spielende Fall:

Ein Gesellschafter (= „sociétaire") der Comédie Française verläßt dieses Theater und tritt auf anderen Bühnen auf, weil ihm, falls er seinen Vertrag mit der „Comédie Française" in dieser Weise breche, besonders hohe „Gagen" versprochen worden waren. Der Schadensersatzklage der Comédie Française gegen ihn als Gesamtschuldner mit den Direktoren des anderen Theaters wurde stattgegeben. Die erste Kammer des Tribunal de la Seine erklärt aber in ihrem Urteil weiterhin, eine „astreinte" gegen die Direktoren des anderen Theaters könne nicht verhängt werden, weil keine Vertragsbeziehungen zwischen ihnen und der Comédie Française bestünden [215]). Mit Recht wird, soweit die Entscheidung die astreinte versagt, in der Besprechung ausgeführt, daß es sich in dieser Beziehung um ein glattes Fehlurteil handele: „Car c est en opposition avec les solutions reçues. Rien n' empêche, lorsqu' il y a eu déjà acte illicite dans le passé, de prononcer une astreinte pour en empêcher la répétition dans l' avenir" [216]).

Können wir nun vom Blickpunkt des Allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz aus die Zulässigkeit der astreintes, allgemein, oder für bestimmte Fälle, bejahen?

Bevor man über die Möglichkeit des Bestehens eines Rechtsinstituts ein Urteil abgeben kann, muß man sich über sein Wesen klar sein. Leider beginnt in Frankreich (und Belgien) aller Streit aber erst bei der Frage der „Zulässigkeit dieses Rechtsinstituts". Die Meinungen sind zum großen Teil allein schon deshalb so völlig verschieden, weil die Grundlage, auf der dieser Streit nur möglich ist, das Wesen der astreintes, gar nicht feststeht.

Es gibt eigentlich nur zwei vorherrschende Auffassungen vom Wesen der astreintes, die bei dem Streit um ihre Zulässigkeit jeweils — stillschweigend — zugrunde gelegt werden.

---

215) Unverständlicherweise gibt es eine kleine Minderheitsmeinung, die behauptet, die astr. seien lediglich bei Vertragsverletzungen anwendbar, nicht bei unerlaubten Handlungen. Die Ansicht ist nicht zu begreifen. Wie wir unter S. 56/57 zeigen werden, ist die Zulässigkeit der astr. überhaupt nur gegen unerlaubte Handlungen gegeben.

216) 27. 6. 1929, Gaz. Trib. 13. 10. 1929. Auch Turlan, a.a.O. S. 91 über die Frage: Zulässigkeit von astr. bei der Anreizung zum Vertragsbruch gegen den „tiers complice" — bejahend.

Nach der einen[217]) darf man in ihnen nichts anderes sehen, als eine Form des Schadensersatzes. Nach der anderen sind sie nur eine der m. dest. à emp. un dom., die das Gericht ergreifen kann.

Es besteht nun keine Trennung der Meinungen über die Zulässigkeit nach den beiden Voraussetzungen, von denen um der Klarheit willen, ausgegangen werden sollte. Vielmehr zeigt sich uns in Frankreich und Belgien ein Bild größter Verwirrung. Jene Grundlagen werden im Streit gar nicht beachtet, sondern es wird von „astreintes" gesprochen, wobei unter diesem Wort nur selten das Nämliche verstanden wird.

Geht man davon aus, daß die astreintes nur ein Mittel des Schadensersatzes seien, und zwar in Form der Naturalherstellung, weil der Schuldner durch immer wieder neu festgesetzte Geldbußen gezwungen wird, seine Verpflichtung, so wie sie besteht, schließlich doch zu erfüllen, — dann begegnet man der Einwendung, die Naturalherstellung sei nach C. C. a. 1142 verpönt. Das ist die in Belgien seit der berühmten Entscheidung des Cassationshofs vom 24. Januar 1924 vorwiegende Ansicht. Diese Entscheidung ist — besonders wegen der Ausführungen Terlindens, — außerordentlich tief schürfen. In wenig kurzen Zeilen hat aber Laurent (a.a.O. S. 62) dasselbe im wesentlichen gesagt:

„Der Mensch hat die Möglichkeit, seine Verpflichtungen nicht zu erfüllen, wenn er die Folgen der Nichterfüllung trägt. Die komminatorischen astreintes sind kein Geldschadensersatz. Wenn sie aber das nicht sind, so ist nicht einzusehen, mit welchem Recht sie der Richter ausspricht . . . . Der Richter kann zu Geldschadensersatz verurteilen, ..., das genügt, um die Erfüllung einer Verpflichtung sicher zu stellen. Darüber hinausgehen, heißt: Sich über das Gesetz hinwegsetzen".

„Gesetz" ist hier der a. 1142 C. C.

Laurent's Ansicht (und damit die des belgischen Cassationshofs) ist richtig; aber nur teilweise. Die astreintes sind in der Tat unzulässig, soweit art. 1142 C. C. gilt, d. h. für Vertragsverpflichtungen.

Bei Deliktsobligationen findet aber a. 1142—1149 C. C. gar keine Anwendung, wie eine unbestrittene und allgemein auch in Belgien anerkannte Entscheidung des französischen Cassationshofes vom 6. Juni 1896 festgestellt hat[218]). — So groß ist die Verwirrung auf dem Gebiet, daß der a. 1142 C. C. stets unterschiedslos für Vertrags und Deliktsschulden in den Meinungsstreit geworfen wird. Jene Entscheidung des Cassationshofes ist überhaupt nie in die Erörterung hineingezogen worden!

Die astreintes sind also in richtiger Auslegung des französischen Rechts zur Durchsetzung von Deliktsforderungen zulässig.

Man könnte nun sagen, trotzdem seien sie kein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes — sie könnten nicht zur Verhinderung von unerlaubten

217) Die Ansichten bestehen nicht wirklich in dieser Trennung. Sie bestehen mehr im Lichte unserer zergliedernden Betrachtung des verworrenen Gebiets.

218) Pasicrisie, fr. 1900 I. 516.

Handlungen in der Zukunft benutzt werden, denn, bevor eine unerlaubte Handlung begangen sei, gäbe es ja füglich noch keine Deliktsobligation.

Hier ist aber wohl einmal eine Entgegnung a maiore ad minus am Platze: Wenn a. 1142 C. C. schon nicht zur Anwendung kommen soll, wenn es sich um eine begangene unerlaubte Handlung handelt, um wieviel weniger dann, wenn es gilt, eine solche zu verhindern.

Trotzdem ist der Grundsatz der Naturalherstellung wohl nicht ausreichend, um nach französischer Auffassung die astreintes zu erklären. Denn sie setzen überhaupt keinen Schaden voraus [219]). Daher richtet sich die Höhe der astreintes nicht nach der Höhe des (schon eingetretenen) (oder des schlimmstenfalls eintretenden) Schadens [220]). Und, wenn der Schuldner seiner Verpflichtung nachkommt, bleibt dem Gläubiger nur der Teil der astr., der dem Verzugsschaden entspricht [221]).

Die astr. in ihrer Funktion, Schaden zu vergüten, sind eben etwas anderes als das, was die Franzosen „astreintes" nennen, wenn es der Schadensverhinderung dient. Man müßte für diese beiden verschiedenen Aufgaben den astr. einen verschiedenen Namen geben. Das Gegenteil ist in Frankreich der Fall. Dort werden sie von den Gerichten sogar sehr häufig schlechthin „Geldschadensersatz" genannt, während in Wahrheit die astr. als Beugemittel, (moyen de peser" ist der stehende Ausdruck) gedacht werden.

Der belgische Cassationshof hat die astr. einzig und allein als Mittel der Schadensvergütung bei Nichterfüllung von Verträgen betrachtet. Das war zu einseitig. Ihre Funktion als Beugemittel bei der Erfüllung von Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen und vor allem ihre Aufgabe, unerlaubte Handlungen zu verhindern, hätte auch berücksichtigt werden müssen. Andererseits ging man in Frankreich auch zu weit: Dort werden die astr. unterschiedslos von der Praxis [222]) angewendet und der art. 1142 wird geflissentlich [223]) übersehen. Nur Demogue hat, bei vielleicht allzu gedrängter Schreibweise in seiner schöpferischen Arbeit einmal das Anwendungsgebiet der astr. ganz richtig umrissen:

„Um die Wiederholung (vorbeugende UKL.!) oder die Fortsetzung (wiederherstellende UKL.!) einer unerlaubten Handlung zu verhindern, kann eine astreinte ausgesprochen werden".

Auch die Auffassung der astreintes als eine der m. dest. à emp. un dom. [224]) vermag uns nicht den richtigen Ausgangspunkt für ihr Wesen und damit für ihre Zulässigkeit zu liefern. Es wurde gezeigt, daß alle Rechtfertigungen, die für die m. dest. à emp. un dom. versucht wurden, nicht gut waren. Auch auf die berühmte Digestenstelle (I. Lib. II. tit. III) kann sich keine moderne Tradition mehr stützen, weil sich jene Stelle aus ganz anderen Verhältnissen erklärt: War doch in Rom (ebenso wie heute mitunter in

---

219) Req. 6. Februar 1900 DP. 1900, 1, 167.
220) Req. 19. April 1904 S. 1906, 1, 380, 390.
221) siehe Anm. 1 u. Georges Ripert, Revue . . . a.a.O., 46, 1926, 28—29.
222) v. Dalloz, Rép. unter chose jugée, S. 388.
223) Angesichts der starken Gegenmeinung (vgl. Laurent, a.a.O.) muß dieses Hinwegsehen der Praxis über die Bedenken der Wissenschaft schon „geflissentlich" genannt werden.
224) Esmein, a.a.O. S. 511; und Sourdat, a.a.O. T. I. No. 34 — quinies.

England, (das Delikt des "contempt of Court" bei der injunction!) der Widerstand gegen Gerichtsurteile ein Delikt. Schließlich sind „astreintes" noch in einer anderen Hinsicht ein complexer Begriff:

Der Begriff „astreintes" bedeutet nämlich ebenso wohl das Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz (eben in der Form der astr.) und dessen Durchsetzungsmittel, — seine Vollstreckungsart! Es besteht eine ähnliche Verwirrung, wie wenn bei einem Eingriff in das Eigentum der deutsche Richter sich einfach fragen wollte: „Kann ich hier mit den Mitteln des § 890 ZPO. vorgehen?", — anstatt sich vorab zu fragen: „Kann ich hier nach § 1004 BGB. eine Unterlassungspflicht finden und sie in einem Urteil zum Ausdruck bringen?" Wir dürfen hier besonders auf die Ausführungen des Verfassers (a.a.O. S. 74) Bezug nehmen.

In der Tat ist die Klage auf die Verhängung einer astreinte in Wirklichkeit nichts anderes als die Klage auf Unterlassung!

Es ist logisch undenkbar, daß der Richter sich nicht, wenn auch unbewußt, fragt: „kann ich im vorliegenden Fall ein Verbot aussprechen" — (das ist: eine Verpflichtung, etwas zu unterlassen, auferlegen?) Und daß er sich erst dann darüber Rechenschaft gibt, ob er dies Verbot mittels der „astreintes" (in diesem Teilsinn verstanden) sanktionieren kann:

Mit anderen Worten: In den „astreintes" kommt implicite eine richtige (deutsche) Klage auf Unterlassung zum Ausdruck! Juristisch-technisch erscheinen die astr. allerdings als eine Klage auf Zahlung einer Geldsumme.

Wir halten dafür, daß hier der französische Kläger den Klagegegenstand nur unrichtig bezeichnet: Nicht auf die Erlangung der Geldsumme kommt es an, sondern auf die Verhinderung des künftigen Schadens. Die Erlangung der Geldsumme ist nur eine Folge der Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot durch den Beklagten.

Man kann dem nicht entgegenhalten, durch das die astr. verhängende Urteil würde doch nicht eine Unterlassungsppflicht auferlegt, denn der Schuldner könne ja immer noch wählen, entweder sich dem Verbot gemäß zu verhalten oder aber ihm zuwider zu handeln und dabei die astr. zu bezahlen. Denn diese Wahl hat der Schuldner praktisch gar nicht: die astr. können nach jeder Zuwiderhandlung unbeschränkt erhöht werden. Die Unterlassungspflicht ist also vielleicht sogar noch schärfer als im deutschen Recht, wo nach § 890 ZPO. zwar die Höchstgeldstrafe unbegrenzt ist, — aber ein für allemal im Urteil festgelegt wird.

In den astreintes kommt also einmal das Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz als Recht auf Unterlassung zum Ausdruck. Die astr. bedeuten sprachlich gleichzeitig die Vollstreckung dieser urteilsmäßig auferlegten Unterlassungspflicht. So nennt auch Ripert beiläufig einmal richtig die astr. die „Sanktion" der „ordres et prescriptions" des Gerichts [225]). Josserand vor allem sagt ganz klar [226]) — allerdings ohne daraus Folgerungen zu ziehen:

225) L. Ripert, a.a.O. S. 43 (siehe bei uns etwa „Arrest" . . .
226) a.a.O. Nr. 598.

„Die astreinte ist eine Maßnahme, ein Weg der Vollstreckung ein Hebel, mit dessen Hilfe man auf den Willen des Schuldners drückt, um ihm die Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu entreißen.

Ebenso sagt Turlan[227]): „L'astreinte est nullement un caractère essentiel de la condamnation", und der französische Cassationshof vom 10. April 1853[228]) sagt lakonisch: „L' astreinte suppose une obligation préexistante".

Als Vollstreckungsmittel ist die astr. eine Schöpfung prätorischer Lückenausfüllung. Denn es gibt im französischen und belgischen Recht einfach keinen Artikel, der dem § 890 ZPO. entspräche. Das muß auch Terlinden gemeint haben[229]). In Frankreich hätte übrigens durch allereinfachste Rechtsvergleichung die Sachlage richtig gestellt werden können. Ein Blick auf die klare Regelung der Preußischen „Allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten" von 1793—1815, 24. Titel (Execution), § 54 hätte genügt[230]).

Die Frage aber, ob die astr. als Vollstreckungsmittel noch eine zulässige Schöpfung praeter legem seien, muß die französischen Richter so völlig in Anspruch genommen haben, daß sie nie dazu gekommen sind, sich zu fragen, ob denn die andere „prätorische" Schöpfung, die sie mit diesen astr. sanktionierten, nämlich die Auferlegung einer Unterlassungspflicht, zulässig sei.

Wir halten die astr. keineswegs für eine „prérogative administrative", im Gegensatz zu den m. dest. à emp. un dom.: Hier beklagt sich der Bedrohte über einen Zustand, den der Richter irgendwie abstellt, wie es auch die Sicherheitspolizei hätte tun können. Bei den astr. wird aber eine richtige Leistungsklage angestrengt. Der Klageanspruch müßte, richtig bezeichnet, auf die Verhängung eines Verbots und nicht auf „dommage intérêts" gehen.

Die deutsche Idee des materiellen Rechts auf Unterlassung würde, in Frankreich eingeführt, die französische Wissenschaft fördern. Der theoretische Wirrwarr hat aber einer sehr guten Rechtsprechung nicht den geringsten Abbruch getan.

---

227) a.a.O. S. 107.

228) S. 53, 1, 767.

229) In seinem Réquisitoire am Schlusse unter dem angegebenen Urteil des Belgischen Cassationshofes vom 24. 1. 1924.

230) Theil, Prozeßordnung, Berl., Reimer 1842 unveränderter Vordruck der Ausgabe von 1816.

„Wenn ferner der Inhalt des Urteils dahingeht, daß jemand etwas zu unterlassen schuldig sey, so läßt sich zwar die Exekution im eigentlichen Verstande nicht denken. Wenn aber der unterliegende Teil die ihm verbotene Handlung dennoch vornimmt, z. B., wenn er den Gegner in dem Besitze einer ihm zuerkannten Sache, oder im Genusse eines erstrittenen Rechts beunruhigt; so muß ihm dieses durch unbedingten Strafbefehl (mandate sine clausula) untersagt werden. — Wenn er diesem zuwiderhandelt, die Strafe wirklich beigetrieben und die Inhibition unter verdoppelter Bedrohung wiederholt. Der Widerspenstige zur Bestellung einer annehmlichen Kaution wegen künftiger Befolgung des Urteils angehalten, in jedem Falle aber der Betrag des dem Gegner durch seine Beeinträchtigung verursachten Schadens von ihm beigetrieben werden". Der nächste Absatz handelt dann von einer eventuellen „Verhaftnehmung" (siehe contrainte par corps) (Leibzwang).

Fünfter Abschnitt:

Ist eine „actio quia timet" im französischen Rechte gänzlich unbekannt?

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß sich in der Mehrzahl aller Fälle vorbeugender Rechtsschutz nur in Verbindung mit einem Schadensvergütungsbegehren findet, d. h., daß praktisch nicht nur ein erstmaliger rechtswidriger Eingriff verlangt wird, sondern sogar, daß dieser Eingriff schuldhaft war. Die Frage aufwerfen, ob vorbeugender Rechtsschutz auch erlangt werden könne, ohne daß überhaupt ein erstmaliger widerrechtlicher Eingriff vorgelegen habe, heißt, sich in Frankreich und Belgien dem Vorwurf allzu großer Kühnheit aussetzen [231]).

Die actio quia timet ist den Franzosen unbekannt.

Doch für das Bestehen von Rechtseinrichtungen ist ihre juristisch klare Erkenntnis (und ihre Anerkennung!) nicht nötig [232]).

Die actio quia timet ist die reinste und entwickelndste Gestaltung vorbeugenden Rechtsschutzes. Wir sehen keinen Grundsatz, der im französischen Recht ihr Bestehen unmöglich machte.

Da wir aber das Gebiet des vorbeugenden Rechtsschutzes darstellen und nicht entstellen wollen, müßten wir wenigstens an einem praktischen Beispiel das Bestehen der actio quita timet in Frankreich nachweisen können.

Wir haben einen einzigen solchen Fall tatsächlich gefunden [233]). Als er entschieden wurde, hat man das Problem nicht erkannt, und auch sonst ist er nie als besonders bemerkenswert angesprochen worden.

Erst zwanzig Jahre später wird Demogue auf ihn plötzlich aufmerksam: „décision curieuse" ruft er aus [234]), aber auch er erkennt noch nicht, daß hier eine actio quia timet anerkannt worden ist.

Auf dem dem Grundstück X benachbarten Grundstück Y soll demnächst ein Steinbruch in Betrieb genommen werden. Bisher sind, wie ausdrücklich in den Entscheidungsgründen noch einmal gesagt wird, keinerlei irgendwie geartete Störungen oder Schädigungen von dem Grundstück Y ausgegangen. Der Eigentümer des Grundstücks X hegte lediglich die B e f ü r c h t u n g, daß der Eigentümer des Grundstücks Y bei den demnächst geplanten Sprengungen, die allgemein vorgeschriebenen polizeilichen Schutzmaßnahmen bei Sprengungen nicht ergreifen werde.

Der Eigentümer von Y hatte aber keinerlei derartige Absicht bekundet. Er war nur allgemein als leichtsinniger Mensch bekannt, der oft dazu neigte, sich über die die Gemeinschaft ordnenden Regeln hinwegzusetzen.

Nur hierauf gründeten sich die Befürchtungen des Kläger. — Seine Klage wurde für begründet erachtet (er klagte „auf" Ergreifung geeigneter Schutz-

---

231) Besonders der Bâtonnier Charles Bauß in Antwerpen hat dem Verfasser widersprochen. Seither hat der Verfasser seine Ansicht in Belgien noch in dem oftmals hier zitierten Artikel „Quelques réflexions sur la justice préventive" (a.a.O. S. 71) vertreten.

232) „Les idées n' ont pas besoin des hommes". (Letzte Worte von Saint-Juste in dem Drama Romain Rolland's „Danton").

233) Cass. civil fr. 29. Juli 1885, P. 1885 I, 166.

234) a.a.O. S. 171.

maßnahmen durch das Gericht, — beklagte sich also über den Zustand der Bedrohung).

Allerdings war die Maßnahme, welche dem Gericht als die geeignetste erschien, außerordentlich gelind. Es begnügte sich damit, dem Beklagten die Einhaltung der Polizeivorschriften mit allem Nachdruck einzuschärfen. Es gab ihm die „ordre de bien exécuter les règlements administratifs".

Wie aus dem Inhalt der Entscheidung hervorgeht, betrachtete das Gericht selbst dieses Einschärfen schon als m. dest. à emp. un dom. — Zwar werden, wie dargestellt, mitunter Feststellungsurteile auch als solche Maßnahmen angesehen (und nicht als andere Wege, vorbeugenden Rechtsschutz durchzusetzen [235]).

Doch handelt es sich hier gewiß nicht um eine bloße Feststellung der Rechtslage, um ein Feststellungsurteil, wiewohl die Benennung des Mittels vorbeugenden Rechtsschutzes (ordre de . . . .) recht ähnlich ist dem bloßen „rappel aux prescriptions de la loi" (vgl. den Fall auf S. 51) [236]). In jenem Falle hatten wir gesagt, das Gericht habe, ohne sich darüber völlig klar zu sein, ein Feststellungsurteil gefällt, hier aber halten wir dafür, daß es sich um Mehr, um eine mes. dest. à emp. un dom. handelt. Die zufällige Gelindheit des Mittels darf darüber nicht hinwegtäuschen, weil der Fall deutlich zeigt, daß das Gericht auch bereit gewesen wäre, ein handgreiflicheres Mittel anzuwenden, wenn es das für nötig erachtet hätte. Schließlich ist doch auch „ordre" schärfer als „rappel".

Doch geben wir ruhig die Zweifelhaftigkeit zu: Vielleicht ist auch dieser eine Fall der actio quia timet doch nur eine Feststellungsklage. Gerade die Schwierigkeit klarer Einreihung in diese Kategorien wäre für uns nur wieder ein neuer Beweis für die Behauptung der Verwandtschaft aller Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes (siehe auch Schlußteil) [237]).

---

235) Pau 27. Januar 1908 vgl. S. 36.

236) S. Anm. 235.

237) Mit Absicht haben wir auch gerade das französische Recht dargestellt, ohne den wertvollen von Eltzbacher zusammengebrachten Stoff und seine Fälle zu benutzen. Zunächst erschienen uns die unmittelbar aus dem belgisch-französischen Recht herausgesuchten Fälle ebenso aufschlußreich wie die Eltzbachers. Man kann auch außerdem die Kenntnis von Eltzbachers Werk völlig voraussetzen. Weiterhin haben seit 30 Jahren die Bearbeiter dieses Gebiets immer nur aus Eltzbachers Werk geschöpft (Kaden dagegen aus Demogue!).

Es ist wohl aber nützlich, die vielen aufschlußreichen Fälle Eltzbachers dann nachzulesen, wenn es uns gelungen sein sollte, die Richtigkeit unserer Betrachtungsweise des Französischen Rechts darzutun. Denn Eltzbacher findet ja nicht, wie wir, im französischen Recht mehrere verschiedene Ausdrucksformen des Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz, sondern er sieht eine jede schlechthin als „UKL." an.

SCHLUSS:

Zusammenfassende Bewertung unserer Erkenntnisse.

Welchen Wert hat es für das deutsche Recht und insbesondere für unsere These, die UKL. könne auch bei bloßer Drohung gewährt werden, daß wir so eingehend das französische Recht schilderten und uns sogar mit eigenen Ansichten mitunter gegen Frankreichs Wissenschaft und Rechtsprechung stellten? Welches ist der Wert all' unserer rechtsvergleichenden Betrachtungen?

Sie haben zunächst den Wert einer jeden Rechtsvergleichung — worauf wir nicht näher einzugehen brauchen.

Sie vermitteln uns ferner folgende Erkenntnisse:

Das französische Recht ist auf dem uns beschäftigenden Gebiet in der Theorie sehr verworren. Bei der Vieldeutigkeit einer jeden Rechtseinrichtung, welche (unter anderem auch) vorbeugendem Rechtsschutz dient, und bei dem Vorhandensein so mannigfacher Formen vorbeugenden Rechtsschutzes läuft man Gefahr, aus dem französischen Recht das herauszulesen, was man gerade darin finden möchte (Beispiel Kadens und Eltzbachers!). Wir erkannten das französische Recht auf diesem Gebiete als noch sehr jung und unentwickelt gegenüber der viel verfeinerteren deutschen UKL. Wir sahen dagegen, daß das englische Recht auf diesem Gebiete ebenso klar und einfach wie hoch entwickelt ist, und daß es eine actio quia timet ohne Zaudern als ganz selbstverständliche Variante der „gewöhnlichen" Injunktion zuläßt.

Aus all dem folgern wir:

Das unentwickeltste der drei unserer Betrachtung unterworfenen Rechte, das französische, „kennt" eine actio quia timet nur virtuell [238]). — Das verfeinerte deutsche Recht kennt sie bereits wirklich, wenn wir die reichsgerichtliche Rechtsprechung richtig auslegten [239]), aber es wehrt sich noch dagegen, das auch anzuerkennen. Das deutsche ist dem französischen Recht hier schon etwas voraus. Der Rechtszustand Frankreichs, Deutschlands und Englands auf unserem Gebiet stellt das allgemeine Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz in drei verschiedenen Entwicklungsstufen dar. Deutschland und Frankreich streben dem Ziele zu, das die hier am höchsten entwickelte Rechtsordnung, die englische, schon erreicht hat: Sie streben zur actio quia timet. Doch braucht die deutsche Rechtentwickelung nur noch einen kleinen Schritt nach vorn zu tun, um zu diesem Ziel zu gelangen.

Wir konnten (im französischen Recht) besonders gut erkennen, wie das allgemeine Recht auf vorbeugenden Rechtsschutz danach drängt, in festen Rechtseinrichtungen Gestalt zu gewinnen und wie ihm das bei jeder einzelnen Rechtseinrichtung nur unvollkommen gelingt, weil Praevention und Restitution unscharf verschmelzen und wie es dadurch gezwungen ist, den Durchbruch bei außerordentlich v i e l e n Rechtseinrichtungen zu versuchen.

---

238) siehe Verfasser, a.a.O. S. 74.

239) Vgl. frühere Ausführungen über die Gewährung der UKL., ohne daß wegen §193 StGB. ein erstmaliger rechtswidriger Eingriff vorgelegen hat.

Von hier aus liegt umgekehrt die Annahme nahe, jene vielen verschiedenen Formen vorbeugenden Rechtsschutzes seien nur unter dem Druck eben eines allgemeinen Rechts auf vorbeugenden Rechtsschutz entstanden. Erkennt man ein solches Recht an, dann darf man auch fordern, daß die Einzelausgestaltungen seiner entwickelteren Formen auf unentwickeltere übertragen werden: Daß, in unserem Falle die UKL. schon bei bloßer Drohung gewährt werden muß, weil Notwehr und Injunktion auch keinen erstmaligen rechtswidrigen Eingriff voraussetzen.

Wenn endlich Prävention und Restitution in Frankreich (sei es auch nur aus Mangel an Klarheit) stets vermengt werden, so sehen wir hierin von dieser Seite her eine Bestätigung für die Richtigkeit unserer Erkenntnis, das die „vorbeugende" UKL. eigentlich wiedergutmachend, daß sie eine Schadensersatzklage ist, daß sie folglich auch aus d e m Grunde keinen erstmaligen rechtswidrigen Eingriff voraussetzt, weil ein entsprechendes Erfordernis „gewöhnlichen" Klagen auf Schadensersatz fremd ist.

LEBENSLAUF

Ich, Willy Lewald, wurde am 4. Dezember 1910 zu Rittergut-Wiegschütz O/S. geboren als Sohn des Kgl. Pr. Majors z. D. Ernst Lewald und seiner Ehefrau Maria geb. Trimborn.

Ich bin katholischer Konfession.

Am Hindenburg-Reform-Realgymnasium zu Löwenberg-Schlesien erwarb ich am 6. März 1929 das Zeugnis der Reife, studierte 1929 an der Rheinischen Friedrich-Wilhelmsuniversität ein Semester lang die Rechte, verbrachte meine weitere Studienzeit an der Universität Berlin und bestand am 13. April 1933 das Referendarexamen vor dem Kammergericht, worauf ich bis zum 30. Oktober 1933 am Amtsgericht Zehdenick a./Havel als Referendar ausgebildet wurde. Ein weiteres Semester studierte ich im Sommer 1934 in Bonn. Am 4. Juli 1936 wurde ich von der Brüsseler Universität zum „Docteur en droit" proklamiert.

Am 9. Dezember 1936 bestand ich vor der Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelmsuniversität in Bonn die mündliche Promotionsprüfung.

Die Leitung meiner Doktorarbeit hatte Professor Dr. Hans Dölle, Bonn, übernommen, dem ich für seine Unterstützung zu aufrichtigem Dank verpflichtet bin.